

## Entwicklung eines Konzepts zur Datenallmende: Expertise

Bertschek, Irene; Bonin, Holger; Kühling, Jürgen; Thüsing, Gregor; Wenzel, Tobias

Veröffentlichungsversion / Published Version

Zur Verfügung gestellt in Kooperation mit / provided in cooperation with:  
Bundesministerium für Arbeit und Soziales

### Empfohlene Zitierung / Suggested Citation:

Bertschek, I., Bonin, H., Kühling, J., Thüsing, G., & Wenzel, T. (2021). *Entwicklung eines Konzepts zur Datenallmende: Expertise*. (Forschungsbericht / Bundesministerium für Arbeit und Soziales, FB581). Berlin: Bundesministerium für Arbeit und Soziales; Zentrum für Europäische Wirtschaftsforschung (ZEW) GmbH; IZA Forschungsinstitut zur Zukunft der Arbeit GmbH; Universität Regensburg; Universität Bonn. <https://nbn-resolving.org/urn:nbn:de:0168-ssoar-75708-7>

### Nutzungsbedingungen:

Dieser Text wird unter einer Deposit-Lizenz (Keine Weiterverbreitung - keine Bearbeitung) zur Verfügung gestellt. Gewährt wird ein nicht exklusives, nicht übertragbares, persönliches und beschränktes Recht auf Nutzung dieses Dokuments. Dieses Dokument ist ausschließlich für den persönlichen, nicht-kommerziellen Gebrauch bestimmt. Auf sämtlichen Kopien dieses Dokuments müssen alle Urheberrechtshinweise und sonstigen Hinweise auf gesetzlichen Schutz beibehalten werden. Sie dürfen dieses Dokument nicht in irgendeiner Weise abändern, noch dürfen Sie dieses Dokument für öffentliche oder kommerzielle Zwecke vervielfältigen, öffentlich ausstellen, aufführen, vertreiben oder anderweitig nutzen.

Mit der Verwendung dieses Dokuments erkennen Sie die Nutzungsbedingungen an.

### Terms of use:

This document is made available under Deposit Licence (No Redistribution - no modifications). We grant a non-exclusive, non-transferable, individual and limited right to using this document. This document is solely intended for your personal, non-commercial use. All of the copies of this documents must retain all copyright information and other information regarding legal protection. You are not allowed to alter this document in any way, to copy it for public or commercial purposes, to exhibit the document in public, to perform, distribute or otherwise use the document in public.

By using this particular document, you accept the above-stated conditions of use.



# **FORSCHUNGSBERICHT**

---

## **581**

### **Entwicklung eines Konzepts zur Datenallmende**

**– Expertise –**



## Expertise

# Entwicklung eines Konzepts zur Datenallmende

Prof. Dr. Irene Bertschek (ZEW)

Prof. Dr. Holger Bonin (IZA)

Prof. Dr. Jürgen Kühling (Universität Regensburg)

Prof. Dr. Gregor Thüsing (Universität Bonn)

Dr. Tobias Wenzel (ZEW)

Juni 2021

Erstellt im Auftrag des Bundesministeriums für Arbeit und Soziales.

Die Durchführung der Untersuchungen sowie die Schlussfolgerungen aus den Untersuchungen sind von den Auftragnehmern in eigener wissenschaftlicher Verantwortung vorgenommen worden. Das Bundesministerium für Arbeit und Soziales übernimmt insbesondere keine Gewähr für die Richtigkeit, Genauigkeit und Vollständigkeit der Untersuchungen.



## Kurzbeschreibung

Ein Vorschlag, um Monopolisierungstendenzen in der datenbasierten Wirtschaft zu begegnen, ist die Einführung einer Datenallmende beziehungsweise einer gesetzlichen Pflicht für Unternehmen, nicht-personenbezogene oder anonymisierte Daten zur Nutzung durch Dritte offen zu legen. Diese Expertise prüft, ob eine Datenallmende volkswirtschaftlich sinnvoll und rechtlich möglich ist. Sie identifiziert geeignete Einsatzbereiche für eine Datenteilungspflicht und skizziert erste Schritte auf dem Weg zu deren Erprobung und Umsetzung.

## Abstract

A tool proposed to curtail monopolistic tendencies within the data economy is establishment of data commons, respectively of a legal requirement for firms to lay open non-individual-related or anonymized data for use by third parties. The present expertise examines whether the obligation to share data to foster competition and innovation is reasonable from an economic point of view and also feasible from a legal point of view. It identifies suitable areas of application and delineates first steps on the way to testing and implementing obligatory data commons.



# *Inhaltsverzeichnis*

<b>Abkürzungsverzeichnis</b>	<b>10</b>
<b>Zusammenfassung</b>	<b>13</b>
<b>1. Einleitung</b>	<b>15</b>
<b>2. Volkswirtschaftliche Voraussetzungen für die Einrichtung einer Datenallmende</b>	<b>20</b>
2.1 Daten als Produktionsfaktor und Innovationstreiber	20
2.2 Daten und Wettbewerb	22
2.2.1 Wettbewerb im digitalen Sektor und die Bedeutung von Daten	22
2.2.2 Wohlfahrtsverluste	25
2.2.3 Pro-kompetitive Eingriffe und Datenteilung	26
2.2.3.1 Horizontale Datenteilung	27
2.2.3.2 Vertikale und konglomerate Datenteilung	30
2.3 Parameter der Gestaltung einer Datenallmende	30
2.3.1 Einleitung	30
2.3.2 Abgrenzung ökonomisch sinnvoller Einsatzbereiche	31
2.3.3 Kreis der Zugangsberechtigten	32
2.3.4 Art der zu teilenden Daten	33
2.3.5 Sicherung von Innovationsanreizen	33
2.3.6 Übernahme von Bereitstellungskosten	34
2.3.7 Sicherung der Datenqualität	35
2.3.8 Fazit	36
<b>3. Juristische Rahmenbedingungen</b>	<b>37</b>
3.1 Problemeinstieg und Gang der rechtlichen Untersuchung	37
3.2 Vorläufer und Wegweiser: Ein Blick auf aktuelle Regelungsansätze und ihre Grenzen	38
3.2.1 Gründe für und gegen Offenlegungspflichten aus juristischer Sicht	38
3.2.2 Richtlinie (EU) 2019/1024, ein neugefasstes E-Government-Gesetz und der Entwurf eines Datennutzungsgesetzes	39
3.2.3 Der Entwurf eines Data Governance Act	40
3.2.4 Bereits aktuell bestehende Offenlegungspflichten und -erleichterungen	42
3.2.5 Ein mögliches Beispiel sektoraler Regelung: § 3a Personenbeförderungsgesetz-E und der Datenzugang im Verkehrssektor	42
3.2.6 Datenschutz für Forschungsvorhaben insbesondere mit Sozialdaten	45
3.2.7 Die rechtswissenschaftliche Diskussion zur Datenallmende	48
3.2.8 Konfliktlösungen exemplarisch verdeutlicht	49



3.2.8.1	Öffentliche Hand genießt keinen Grundrechtsschutz	49
3.2.8.2	Schutz des Persönlichkeitsrechts muss stets gewährleistet sein	50
3.2.8.3	Keine Bewertung der Nutzungszwecke Dritter	52
3.2.8.4	Vorrang des Erhebungszwecks ohne Abwägung	52
3.2.8.5	Grundsätzlich kein Entgelt für die Nutzung – aber Kostenersatz möglich	53
3.2.9	Was folgt aus alldem?	54
3.2.10	Zwischenfazit	55
3.3	Sonderfall: Vorläufer im Kartell- und Wettbewerbsrecht	55
3.3.1	Datenzugangsrechte im GWB	55
3.3.1.1	Zugangsobjekte, Zugangsvoraussetzungen und -einschränkungen	56
3.3.1.1.1	Zugang zu essenziellen Daten gemäß § 19 Abs. 2 Nr. 4 GWB	56
3.3.1.1.2	Zugangsverweigerung als unbilliges Behindern i.S.d. § 19 Abs. 2 Nr. 1 GWB	56
3.3.1.1.3	Zugang bei datenbedingter einseitiger Abhängigkeit gemäß § 20 Abs. 1a GWB	56
3.3.1.1.4	Zugang zur Gewährleistung der Leistungsinteroperabilität und Datenportabilität gemäß § 19a Abs. 2 S. 1 Nr. 5 GWB	57
3.3.1.2	Zugangsverpflichtete: marktmächtige Unternehmen	57
3.3.1.2.1	Datenzugang grundsätzlich nur gegenüber marktbeherrschenden Unternehmen	57
3.3.1.2.2	Zugang bei relativer Marktmacht nach § 20 Abs. 1a GWB	58
3.3.1.2.3	Zugang gegenüber Unternehmen mit überragender marktübergreifender Bedeutung nach § 19a GWB	58
3.3.1.3	Pfadabhängige Fortentwicklungsmöglichkeiten – Reduktion der Zugangsanforderungen; Erweiterung des Zugangs	58
3.3.2	Entwicklungen auf der EU-Ebene	59
3.3.2.1	Primärrechtliche Zugangsmöglichkeiten nach Art. 102 AEUV	59
3.3.2.2	Datenzugang nach dem DMA	59
3.3.2.2.1	Zugangsobjekte, Zugangsvoraussetzungen und -einschränkungen	60
3.3.2.2.2	Zugangsverpflichtete: sehr marktmächtige Gatekeeper	61
3.3.3	Zwischenergebnis	62
3.4	Steuerungsvorgaben aus den Grundrechten	62
3.4.1	Vorbemerkung: Trias der Wirtschaftsgrundrechte der Grundrechtecharta als Kernvorgaben	62
3.4.2	Unternehmerische Freiheit aus Art. 16 GRC	63
3.4.2.1	Stoßrichtung der Freiheit	63
3.4.2.2	Wettbewerbsbezug und Wettbewerbsfreiheit	63
3.4.2.3	Weiter Eingriffsbegriff	64
3.4.2.4	Eingriffsrechtfertigung	64
3.4.2.5	Insbesondere: Rechtfertigung von Eingriffen in Verfügungsrechte	65
3.4.2.5.1	Das Beispiel des Kurzberichterstattungsrechts zu Zusatzkosten	65
3.4.2.5.2	Filtersysteme zur Vermeidung von Urheberrechtsverletzungen	65
3.4.2.5.3	Datenschutz als starker Gegenbelang	66
3.4.2.5.4	Verbraucherschutz als starker Gegenbelang	66
3.4.3	Eigentumsfreiheit aus Art. 17 GRC	67
3.4.3.1	Zunehmendes Erstarken der Eigentumsgarantie	67
3.4.3.2	Erfasste Schutzpositionen	68
3.4.3.3	Insbesondere „geistiges Eigentum“	69
3.4.3.4	Umfassende Verwendungsfreiheiten	70
3.4.3.5	Eingriffe in die Eigentumsfreiheit: Eigentumsentziehung oder Nutzungsregelung	70
3.4.3.6	Rechtfertigung des Eingriffs allgemein	72

3.4.3.7	Entschädigung im Besonderen	72
3.4.3.8	Verhältnismäßigkeit	74
3.4.3.9	Fokus geistiges Eigentum	75
3.4.3.10	Weitere abwägungsleitende Parameter aus anderen Themenfeldern	77
3.4.3.11	Verhältnis zur unternehmerischen Freiheit	78
3.4.4	Zwischenergebnis: legislativer Spielraum für die Schaffung einer Datenallmende	78
3.4.5	Kurzabgleich: Vorgaben im Grundgesetz	79
3.4.5.1	Berufsfreiheit aus Art. 12 GG	79
3.4.5.2	Anforderungen aus der Eigentumsfreiheit gem. Art. 14 GG	80
3.5	Nationale und/oder europäische Regulierung: Akteure und ihre Reichweite	80
3.5.1	Kollisionsrechtliche Anknüpfung im Datenschutzrecht	80
3.5.2	Kollisionsrechtliche Anknüpfung im Wettbewerbsrecht	81
3.5.3	Welche Regelungsebene ist sinnvoll?	82
3.6	Zentrale Elemente eines Gesetzes zur Regelung einer Datenallmende	83
4.	Erste Schritte auf dem Weg zu einer Datenallmende	85
	Literaturverzeichnis	91

## Abkürzungsverzeichnis

ABl	Amtsblatt
AEUV	Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union
Az	Aktenzeichen
BGH	Bundesgerichtshof
BMAS	Bundesministerium für Arbeit und Soziales
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
BVerwG	Bundesverwaltungsgericht
DMA	Gesetz über digitale Märkte (Digital Markets Act)
DNG	Datennutzungsgesetz
DS-GVO	Datenschutz-Grundverordnung
EGMR	Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte
EGovG	E-Government-Gesetz
EMRK	Europäische Menschenrechtskonvention
ePA	Elektronische Patientenakte
EU	Europäische Union
EuG	Gericht der Europäischen Union
EuGH	Europäischer Gerichtshof
EUV	EU-Vertrag
F&E	Forschung und Entwicklung
GG	Grundgesetz
GKV	Gesetzliche Krankenversicherung
GRC	EU-Grundrechtecharta
GWB	Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen
IFG	Informationsfreiheitsgesetz
IKT	Informations- und Kommunikationstechnologien

IZA	Forschungsinstitut zur Zukunft der Arbeit
KG	Kammergericht
KI	Künstliche Intelligenz
MDM	Mobilitätsdatenmarktplatz
NAP	Nationaler Zugangspunkt (National Access Point)
OLG	Oberlandesgericht
PBefG	Personenbeförderungsgesetz
PDSG	Patientendaten-Schutz-Gesetz
RL	Richtlinie
SGB	Sozialgesetzbuch
SVR	Sachverständigenrat
UrhG	Urheberrechtsgesetz
UWG	Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb
VG	Verwaltungsgericht
VO	Verordnung



## Zusammenfassung

Mit der fortschreitenden Digitalisierung werden Daten immer mehr zum zentralen Faktor in Wertschöpfungs- und Innovationsprozessen. Weil die datenbasierte Wirtschaft jedoch dazu tendiert, dass wenige Unternehmen mit ihrem Geschäftsmodell Datenmonopole aufbauen und damit Märkte beherrschen, stellt sich die Frage, ob und gegebenenfalls mit welchen Mitteln in der Datenökonomie operierende Unternehmen stärker reguliert werden sollten. Ein Vorschlag hierzu ist die Einführung einer Datenteilungspflicht beziehungsweise Datenallmende. Diese Expertise prüft, unter welchen Voraussetzungen eine Datenallmende, verstanden als ein System, in dem nicht-personenbezogene oder anonymisierte Daten durch eine gesetzlich verpflichtende Offenlegung und weitreichende Nutzungsmöglichkeiten für Dritte zu einem Allgemeingut werden, volkswirtschaftlich vorteilhaft und auch rechtlich möglich ist. Sie identifiziert geeignete Einsatzbereiche für eine Datenteilungspflicht und skizziert erste Schritte auf dem Weg zu deren Erprobung und Umsetzung.

Die volkswirtschaftliche Analyse ergibt, dass eine Datenallmende ein geeignetes Instrument sein kann, um den Wettbewerb auf Märkten, auf denen sich bei marktbeherrschenden Unternehmen große Datenbestände konzentrieren, zu beleben oder im Voraus Monopolisierungstendenzen in datenbasierten Märkten vorzubeugen. Eine Datenallmende erleichtert es neuen Anbietern, in Konkurrenz zu etablierten Unternehmen zu treten, so dass neue, bessere Angebote auf den Markt kommen, oder bestehende Angebote zu günstigeren Konditionen verfügbar werden können. Darüber hinaus kann eine Datenteilungspflicht wohlfahrtssteigernd wirken, wenn ein breiterer Datenzugang und einfachere Möglichkeiten zur Verknüpfung von Daten aus unterschiedlichen Quellen zu vermehrten Innovationen führen. Diese Innovationseffekte können sich auch auf nicht von Monopolisierungstendenzen geprägten Märkten einstellen. Allerdings gilt es bei der Gestaltung einer Datenallmende zu beachten, dass diese die Anreize schwächt, in Gewinnung, Aufbereitung und Schutz von zu teilenden Daten zu investieren. Dies kann Wohlfahrtseinbußen nach sich ziehen. Fehlanreize lassen sich zu einem gewissen Teil begrenzen, zum Beispiel durch Kompensation der zur Datenteilung verpflichteten Unternehmen, befristete Exklusivrechte an neu geschaffenen Daten oder die Übernahme von Transaktionskosten durch die öffentliche Hand. Um den Markteingriff einer Datenallmende zu rechtfertigen, müssen die potenziellen negativen Nebenwirkungen so gering bleiben, dass die mit der verpflichtenden Datenteilung zu erzielenden volkswirtschaftlichen Vorteile überwiegen.

Die juristische Betrachtung einer Datenteilungspflicht ergibt zunächst, dass die bisherige Gesetzgebung zu Datenzugangsszenarien einschließlich entsprechender Pflichten durchaus regulatorische Vorbilder für das „Wie“ einer Bereitstellung von Daten enthält, die sich für eine Datenallmende nutzbar machen lassen. Das gilt jedoch nicht für das „Ob“ der Bereitstellung, denn der private Sektor wurde bislang nur ansatzweise und primär auf Freiwilligkeitsbasis – etwa zuletzt im Vorschlag zu einem Data Governance Act auf unionaler Ebene – adressiert. Mit Blick auf den Sonderfall der Vorläufer im Kartell- und Wettbewerbsrecht zeigt sich auf der EU-Ebene im Bestand der bisherigen Regelungen des Primärrechts, dass hohe Hürden zu faktisch wenig relevanten Datenzugangsrechten führen. Auch die gerade erst initiierte sekundärrechtliche Gesetzesnovelle im Digital Markets Act verweist auf einen Ansatz von Zugangsrechten zu Daten in sehr eng definierten Sonderfällen und adressiert zudem nur die marktbeherrschenden Online-Intermediäre. Ähnliches gilt für die nationale Ebene einschließlich der jüngsten Novelle des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen mitsamt des neuen § 19 a. Von einem umfassenden Datenzugangsrecht im Sinne einer Datenallmende sind diese Ansätze weit entfernt.

Dieser Ausgangsbefund im einfachen Gesetzesrecht bedeutet aber nicht, dass das deutsche Grundgesetz und die unionale Grundrechtecharta keine Spielräume für darauf aufbauende oder neue

Fortentwicklungen lassen. Aus grundrechtlicher Sicht kommt dem nationalen wie dem Unionsgesetzgeber grundsätzlich ein weiterer Gestaltungsspielraum in wirtschaftspolitischen Fragestellungen zu. In dieser Perspektive sind prinzipiell auch weitreichende Eingriffe in die unternehmerische und die Eigentumsfreiheit möglich – und somit auch weitergehende Pflichten für Unternehmen zur Teilung von Daten. Da der Eingriffscharakter einer Datenallmende gegeben wäre, richtet sich ihre Rechtfertigung im Wesentlichen nach der Vorgabe der Verhältnismäßigkeit. Dabei sind aus Gründen des Vertrauensschutzes die Hürden für den (schärferen) Zugriff auf bestehende Datenbestände deutlich höher als für die Schaffung von Zugangsrechten zu künftigen Datenbeständen.

Somit hängt die rechtliche Bewertung der Einführung einer Datenallmende – wie auch die ökonomische – vor allen Dingen davon ab, ob die sich daraus ergebenden Wertschöpfungs- und Innovationsbilanzen auf der volkswirtschaftlichen Ebene positiv oder negativ ausfallen. Das Vorzeichen dieser Bilanzen kann jedoch je nach den spezifischen Gegebenheiten auf den betroffenen Märkten unterschiedlich sein. Dies spricht dafür, eine Datenteilungspflicht an bestimmte Voraussetzungen zu knüpfen und nicht pauschal auf alle Unternehmen mit digitalen Geschäftsmodellen – oder gar auf alle Unternehmen in der Wirtschaft – auszudehnen. Besonders geeignet erscheint eine Datenteilungspflicht für datengetriebene Märkte, in denen Dienstleister Nutzerinformationen im laufenden Geschäftsprozess quasi automatisch erfassen, und in denen diese Nutzerinformationen der zentrale Treiber von Innovationsprozessen sind, also etwa für die großen Online-Plattformen.

Es ist nicht möglich, die volkswirtschaftlichen Nettoeffekte einer Datenallmende im Voraus exakt zu schätzen und damit zu prüfen, ob die ökonomische wie juristische Voraussetzung der Verhältnismäßigkeit, die den Einsatz dieses Instruments rechtfertigt, erfüllt ist. Jedoch erscheint die Wahrscheinlichkeit, dass eine Datenteilungspflicht zumindest in Teilen der Datenökonomie per Saldo die gesellschaftliche Wohlfahrt erhöhen würde, hinreichend groß, um das Instrument praktisch zumindest zu erproben. Erste Umsetzungsschritte sollten in abgegrenzten – durch ein Begleitgesetz abzusichernden – Experimentierräumen gegangen werden, die eine Evaluation der Wirkungen einer Datenallmende unter kontrollierten Bedingungen erlauben.

Rechtlich sind Experimentierräume dort zulässig, wo positive volkswirtschaftliche Effekte einer Datenallmende mit hoher Wahrscheinlichkeit überwiegen. Zur kontrollierten Erprobung der Datenteilungspflicht bieten sich drei Typen von Experimentierräumen besonders an. Erstens könnte sie auf Märkten etabliert werden, in denen ein sehr hohes nicht ausgeschöpftes Potenzial für datenbasierte Innovationen und Geschäftsmodelle besteht. Als Experimentierfelder dieses Typs erscheinen Pflichten zur Teilung von Verkehrs- oder energiewirtschaftlicher Daten geeignet. Ein zweiter Typ wären lokale oder regionale Experimentierräume, die an bereits vorhandene Open-Data-Initiativen anknüpfen könnten, jedoch auch private Unternehmen in die Datenallmende einbeziehen müssten. Eine dritte Art Experimentierraum könnte geöffnet werden, indem die Pflicht zur Datenteilung auf bestimmte Akteure oder bestimmte Zwecke der Datennutzung beschränkt wird. Konkret könnte auf Feldern mit hoher gesellschaftlicher Bedeutung – etwa Klima und Bildung – eine Pflicht zur Teilung von Daten aus der Wirtschaft mit wissenschaftlichen und sonstigen nicht primär profitorientierten Nutzerinnen und Nutzern geschaffen werden. Um Risiken durch den plötzlichen Übergang zu einer Datenallmende zu begrenzen, können die Experimentierräume auch schrittweise eingerichtet werden, indem zunächst positive Anreize für eine Beteiligung, danach negative Anreize für nicht mitwirkende Unternehmen und schließlich die generelle Datenteilungspflicht etabliert werden.

## 1. *Einleitung*

Mit der fortschreitenden Digitalisierung werden Daten weltweit immer mehr zum zentralen Faktor in Wertschöpfungs- und Innovationsprozessen. So werden die führenden Unternehmen mit datenbasierten Geschäftsmodellen an den Börsen inzwischen um ein Vielfaches höher bewertet als Unternehmen, die physische Güter fertigen oder vertreiben, und der Handel mit Daten trägt heute mehr zum globalen Wachstum bei als der Handel mit Gütern.

Jedoch sind Daten als Treiber der Wertschöpfung, anders als es ein häufig gebrauchtes Bild suggeriert, nicht das „neue Öl“. Denn anders als dieser herkömmliche Schmierstoff der Weltwirtschaft haben Daten die Eigenschaft, dass eine nicht-rivalisierende Nutzung möglich ist. Daten können also von beliebig vielen Nutzerinnen und Nutzern für ihre Zwecke gebraucht werden, ohne dass sie sich dadurch verbrauchen oder für andere nur noch in schlechterer Qualität zur Verfügung stehen. Wegen dieser Eigenschaft ist auch das Risiko einer Übernutzung von Daten ausgeschlossen. Somit haben Daten in gewisser Hinsicht den Charakter eines öffentlichen Gutes.

Daten unterscheiden sich allerdings in einem zentralen Aspekt von einem öffentlichen Gut. Ihre Nutzung lässt sich – anders als etwa der öffentliche Schutz vor Hochwasser durch einen angelegten Deich – auf einen bestimmten Kreis von Nutzerinnen und Nutzern beschränken. Zwar sind nach europäischem Rechtsverständnis Daten an sich nicht eigentumsfähig, weil es sich bei ihnen um ein immaterielles Gut und keine Sache bzw. körperliches Gut handelt. Trotzdem ist eine Ausschließbarkeit in der Nutzung gegeben. So lassen sich Daten oder zumindest die zu ihrer Nutzung benötigten Algorithmen als Geschäftsgeheimnisse oder urheberrechtlich schützen. Zudem existieren geeignete technische Möglichkeiten, die einen ungewünschten Gebrauch durch andere Nutzerinnen und Nutzer unmöglich oder wenigstens prohibitiv aufwändig machen.

Die Kombination von Nicht-Rivalität und Ausschließbarkeit der Nutzung charakterisiert Daten als sogenanntes Clubgut. Bei einem Clubgut können die Akteure, die die Möglichkeit haben zu kontrollieren, wer einen Zugang zu diesem Gut erhält, sowohl den Nutzerkreis als auch die Bedingungen für die Nutzung festlegen. Diese Eigenschaft macht die Datennutzung zu einem privat handelbaren Gut.

Eine andere besondere Eigenschaft von Daten ist, dass auf ihnen basierte Wertschöpfungs- und Innovationprozesse häufig mit sogenannten Skalenerträgen verbunden sind. Skalenerträge bedeuten, dass bei einer Vergrößerung eines Datenbestands um einen Faktor  $X$  die Akteure, die den Zugriff auf diesen Bestand haben, einen zusätzlichen Mehrwert erzielen, der um mehr als den Faktor  $X$  größer ist. Skalenerträge ergeben sich etwa aus Größenvorteilen bei wachsenden Netzwerken, von denen unter anderem Social-Media-Unternehmen wie Facebook systematisch profitieren. Ein anderes Beispiel ist die überproportional wachsende Leistungsfähigkeit von Künstlicher Intelligenz, wenn diese anhand größerer Datenbestände trainiert werden kann. Dieser Mechanismus kann etwa den Betreibern erfolgreicher Internetdienste wie Alphabet (Google) Größenvorteile verschaffen.

Im Ergebnis befördern Skalenerträge eine Tendenz zur Bildung von Datenmonopolen sowie die Herausbildung von wenigen marktbeherrschenden Unternehmen in der datenbasierten Wirtschaft. Damit einhergehend entstehen mit der Datenökonomie neue Machtasymmetrien, die sich zulasten des Wettbewerbs zwischen den Unternehmen und damit zu Ungunsten von Verbraucherinnen und Verbrauchern auswirken können. Beispielsweise können Unternehmen mit datenbasierten Geschäftsmodellen, die infolge von Skalenerträgen eine marktbeherrschende Stellung erreichen, diese für verstärkte Preis- und Produktdifferenzierungen nutzen, die einzelne Gruppen systematisch benachteiligen und gesellschaftlich unerwünschte Verteilungsergebnisse nach sich ziehen können.



Die mit Skaleneffekten und Monopolisierungstendenzen in der datenbasierten Wirtschaft möglicherweise verbundenen Verluste an Wertschöpfung und negativen Wohlfahrtseffekte durch missbräuchliches Verhalten dominierender Akteure finden in Politik und Gesellschaft zunehmend Aufmerksamkeit. Sie befeuern Debatten, ob – und gegebenenfalls mit welchen Instrumenten – Unternehmen, die in der Datenökonomie eine marktdominierende Position erreichen, stärker reguliert werden sollten. Für eine solche Regulierung stehen mehrere, grundlegend verschiedene Ansätze im Raum.

Ein möglicher Ansatzpunkt ist, die Position einzelner Akteure (etwa von Verbraucherinnen und Verbrauchern), deren Daten für produktive Prozesse und Innovationen in der Datenökonomie eingesetzt werden, gegenüber den die Daten nutzenden Akteuren zu stärken. Hierzu lautet ein Vorschlag, Daten den Menschen als ihren Urhebern eigentumsähnlich zuzuordnen, so dass die Datennutzung wie ein privates Gut über ein Mikrozahlungssystem entlohnt werden könnte (Lanier 2014). Allerdings beachtet dieses Konzept zu wenig, dass die Wertschöpfungspotenziale in der Datenökonomie nicht im individuellen Datensatz liegen, sondern sich gerade erst aus der Zusammenführung möglichst vieler Individualdatensätze ergeben. Zudem ist mit hohen Transaktionskosten zu rechnen.

Ein anderer Vorschlag, bei dem diese Schwächen weniger zum Tragen kommen, ist die Einrichtung von Datentreuhändern, an die einzelnen Akteure ihre Datenzugangs- und Datennutzungsrechte übertragen. Datentreuhänder könnten unter dieser Voraussetzung als unabhängige Instanz die kollektive Vertretung von Nutzerinteressen gegenüber den datennutzenden Akteuren wahrnehmen (Blankertz et al. 2020). Dieser Ansatz wäre durch den bestehenden rechtlichen Rahmen in Deutschland gedeckt, allerdings fehlen bislang die finanziellen Voraussetzungen, ein tragfähiges Geschäftsmodell für Datentreuhänder am Markt zu etablieren (Kühling et al. 2020).

Ein ganz anders gelagerter Ansatzpunkt, um unerwünschte Wirkungen einer Monopolisierung in der Datenökonomie zu begrenzen, ist die Anwendung des bestehenden Wettbewerbsrechts beziehungsweise dessen geeignete Novellierung. Allerdings kommt das Wettbewerbsrecht erst dann zum Tragen, wenn einem tatsächlichen Missbrauch von Marktmacht durch Unternehmen mit marktbeherrschender Stellung zu begegnen ist – bis hin zum extremen Eingriff einer Zerschlagung des machtmisbrauchenden Unternehmens. Als im Vergleich dazu milderer Eingriff werden Konzepte für eine über den Handel von Daten hinausgehende forcierte Teilung von Daten diskutiert. Bei einer Datenteilung würden bisher von einzelnen Akteuren kontrollierte Daten für viele miteinander im Wettbewerb stehende Akteure innerhalb der für die Datenteilung gesetzten Regeln frei zugänglich und nutzbar. Damit verbessern sich die Voraussetzungen, mit konkurrierenden datenbasierten Geschäftsmodellen am Markt aufzutreten, was inhärenten Monopolisierungstendenzen und wohlfahrtschädigendem Verhalten marktbeherrschender Unternehmen in der Datenökonomie vorbeugen könnte.

Der Datenteilungsansatz ist also im Vergleich zum reaktiven Ansatz des Wettbewerbsrechts präventiv ausgerichtet. Über die Eindämmung von Monopolmacht hinaus wird mit einer vermehrten Datenteilung zudem häufig die Erwartung verbunden, dass zusätzliche Wertschöpfung und Wohlfahrtssteigerungen durch datengetriebene Innovationen in Bereichen erzielt werden können, in denen wegen zu geringer oder nicht hinreichend miteinander verknüpfter Datenbestände vorhandene Potenziale für Produkt- oder Prozessinnovationen derzeit noch nicht ausgeschöpft werden.

Eine vermehrte Datenteilung lässt sich unterschiedlich organisieren. Die dazu vorliegenden Konzepte lassen sich danach kategorisieren, welche Akteure welche Daten miteinander teilen (Pawelke 2020). Ökonomisch und juristisch bedeutsamer ist jedoch die Unterscheidung, wie stark der mit der Datenteilung verbundene Markteingriff ist – vor allem, ob die Datenteilung freiwillig und nach von den involvierten Akteuren selbst (mit-)bestimmten Regeln erfolgt, oder ob diese gesetzlich verpflichtend geregelt wird.

So verfolgt die Datenethikkommission (2019) einen freiwilligen Ansatz und empfiehlt, geeignete rechtliche Rahmenbedingungen für Datenpartnerschaften zu schaffen, in denen europäische Unternehmen zum Beispiel mittels Treuhändern und unter Wahrung kartellrechtlicher Belange bei der Datennutzung miteinander kooperieren können. Auch die Bundesregierung setzt in ihrer Datenstrategie primär auf Anreizmechanismen für eine verstärkte freiwillige Datenteilung, sieht allerdings zugleich auch die Prüfung einer Pflicht zu Teilung von Daten auf datengetriebenen Märkten vor. Sie greift damit einen Vorschlag von Prüfer (2020) auf, der eine Datenteilungspflicht für Märkte empfiehlt, die von datengetriebenen Netzwerkeffekten geprägt sind. Diese Datenteilungspflicht soll eine Monopolisierung auf datengetriebenen Märkten verhindern oder bereits monopolisierte Märkte wieder dem Wettbewerb unterwerfen, verfolgt demnach prioritär wettbewerbliche Ziele.

Weitergehender ist die Forderung von Ramge/Mayer-Schönberger (2020), eine Europäische Datennutz-Grundverordnung zu schaffen. In dieser soll geregelt werden, dass Unternehmen, wenn sie am europäischen Markt aktiv sein möchten, einen Teil ihrer Daten in anonymisierter Form all jenen Unternehmen zugänglich machen, die diese Daten anfordern. Die Zielstellung geht hier über die Wettbewerbsbelebung und Eindämmung missbräuchlichen Verhaltens marktbeherrschender Unternehmen in der Datenökonomie hinaus.

Mit der allgemeinen Datenteilungspflicht sollen Daten als Rohstoff für Innovation in der Breite gestreut werden, um neue Potenziale für die Wertschöpfung zu erschließen. In diese Richtung zielt auch das in einem Positionspapier der früheren SPD-Vorsitzenden Andrea Nahles (2019) in die Diskussion gebrachte „Daten für alle“-Konzept. Dieses Konzept sieht die verpflichtende Freigabe von nicht-personenbezogenen und pseudonymisierten Daten vor, die über eine technische Schnittstelle für jeden offen zugänglich sind.

Bei einer verpflichtenden Datenteilung entsteht eine „Datenallmende“ – die zu teilenden Daten werden zu einem nicht-rivalisierenden Allgemeingut, das jeder weitgehend unbeschränkt für eigene Zwecke nutzen kann.<sup>1</sup> Mit der Überführung von Daten in eine Allmende sind Erwartungen verbunden, dass ein niedrigschwelliger Datenzugang die Entwicklung profitabler neuartiger

---

<sup>1</sup> Das hier betrachtete Konzept der Datenallmende ist nicht zu verwechseln mit dem Ansatz der „Data Commons“, der sich Analysen der Politikökonomin und Nobelpreisträgerin Elinor Ostrom für eine nachhaltige und gemeinwohlorganisierte Nutzung von Gemeingütern anlehnt. Dieser Ansatz betont, dass sich Interessenkonflikte bei natürlichen Ressourcen durch innerhalb der Gruppe von legitimen Nutzerinnen und Nutzern gemeinschaftlich ausgehandelte Zugangs- und Nutzungsregeln lösen lassen, wenn dabei bestimmte Regeln der Selbstorganisation, Entscheidungsfindung und Selbstverwaltung eingehalten werden. Allerdings ist fraglich, ob Ostrows Prinzipien zur Bewirtschaftung von natürlichen Ressourcen auf Daten als nicht-rivalisierendes Gut übertragen werden können. So ist schon die grundlegende Abgrenzung, wer zur die Datenbewirtschaftung steuernden Gemeinschaft gehört und wer nicht, im Kontext der Nutzung von Daten nicht eindeutig vorzunehmen. Zudem entstehen durch die fehlende räumliche Begrenzung des immateriellen Gutes Daten sehr große Gemeinschaften von Akteuren, so dass gemeinschaftliche Entscheidungen, Monitoring, Konfliktlösungsmechanismen und Anerkennung von Rechten, wie sie für effiziente selbst organisierte Commons erforderlich sind, mit hohen Transaktionskosten verbunden sind. Projekte zur Erprobung von „Data Commons“ finden sich deshalb bislang vor allem in kleinräumigen lokalen Zusammenhängen. Hier geht es vor allem darum, Bürgerinnen und Bürgern Möglichkeiten einzuräumen, mit darüber zu entscheiden, für welche Zwecke von ihnen produzierte (in der Regel bei öffentlichen Stellen vorliegende) Daten von Dritten genutzt werden.

Möglichkeiten der Datennutzung in der Breite fördert, aber auch an den Märkten bereits vorhandene datengetriebene Machtasymmetrien reduziert und den in Daten eingeschlossenen wirtschaftlichen Mehrwert gleichmäßiger verteilt.<sup>2</sup>

Diese Expertise prüft, inwieweit und unter welchen Voraussetzungen eine Datenallmende, also ein System, in dem nicht-personenbezogene oder anonymisierte Daten – sowie in einem weiteren Schritt unter Beachtung der anspruchsvollen datenschutzrechtlichen Vorgaben gegebenenfalls auch pseudonymisierte und durch Einwilligungen von betroffenen Personen zur Nutzung freigegebene Daten – durch eine gesetzlich verpflichtende Offenlegung und weitgehend freie Nutzungsmöglichkeiten für interessierte Dritte zu einem Allgemeingut werden, volkswirtschaftlich vorteilhaft sein könnte und auch rechtlich möglich ist. Auf Grundlage dieser Prüfung werden geeignete Einsatzbereiche für eine Datenallmende identifiziert und sinnvolle erste Schritte auf dem Weg zu einer Erprobung und Umsetzung des Konzepts der Datenallmende skizziert. Dabei wird auch erörtert, welche Veränderungen am Rechtsrahmen und flankierenden Maßnahmen zur Schaffung geeigneter Anreizstrukturen im Zusammenhang mit der Einrichtung einer Datenallmende notwendig werden könnten.

Die Expertise gliedert sich in drei Teile. Der erste Teil – Kapitel 2 – analysiert, inwieweit und unter welchen Voraussetzungen eine Datenallmende volkswirtschaftliche Vorteile mit sich bringen kann. Dazu werden Chancen und Risiken gegeneinander abgewogen, die mit einer Pflicht zur Teilung von Daten verbunden sein können. Der Fokus liegt dabei auf der Öffnung der im Status quo üblicherweise als Geschäftsgeheimnis geschützten Daten aus Beständen von Unternehmen. Zunächst wird gezeigt, welche ökonomischen Potenziale in einer verstärkten Nutzung von Daten als Treiber von Wertschöpfung und Innovation liegen (Abschnitt 2.1). Es schließt sich eine wettbewerbsökonomische Analyse der datenbasierten Ökonomie an. Sie zeigt, welche Faktoren die Tendenz zur Konzentration in digitalen Märkten auf wenige Unternehmen mit marktbeherrschender Stellung begünstigen, welche Wohlfahrtsverluste damit verbunden sein können, und inwieweit eine verstärkte Datenteilung in horizontalen, vertikalen oder konglomeraten Wertschöpfungsstrukturen dem Wettbewerb förderlich sein könnte (Abschnitt 2.2). Ausgehend von dieser Analyse wird erörtert, in welchen Bereichen sich die Schaffung einer Datenallmende aus volkswirtschaftlicher Sicht besonders anbietet, und wie diese möglichst anreizkompatibel gestaltet werden könnte (Abschnitt 2.3).

Der zweite Teil – Kapitel 3 – umfasst eine rechtliche Prüfung des juristisch unbestimmten Begriffs der Datenallmende. Hier ist die Leitfrage, ob die verpflichtende Überführung von bisher geschützten Daten der Unternehmen in ein Allgemeingut juristisch möglich ist, soweit sie volkswirtschaftlich sinnvoll ist. Leitplanken für eine rechtlich systemstimmige sowie verfassungs- und unionsrechtlich zulässige Behandlung von Daten als frei zugänglichem Allgemeingut unter dieser Nebenbedingung werden aufgezeigt. Ausgehend von einer rechtlichen Bestandsaufnahme und des Blicks auf vorhandene juristische Antworten auf die Dominanz marktbeherrschender Unternehmen in der Datenökonomie (Abschnitte 3.2 und 3.3) werden mögliche juristische Konflikte bei einer Weiterentwicklung in Richtung auf eine Datenallmende aufgezeigt. Dabei ist der Schutz der auf nationaler und europäischer Ebene verankerten Grundrechte an unternehmerischer Freiheit und

---

<sup>2</sup> Zum Teil wird mit Vorschlägen für eine verpflichtende Offenlegung von Daten auch das gesellschaftspolitische Ziel verbunden, die Datensouveränität und Teilhabemöglichkeiten der Bürgerinnen und Bürger zu stärken. Damit wird der Datenteilung an sich ein gewisser Wohlfahrt steigernder Wert zugewiesen; entsprechend ließen sich auch mit der Öffnung von Daten verbundene volkswirtschaftliche Effizienzverluste in einem gewissen Rahmen rechtfertigen. Diese gesellschaftspolitische Dimension wird in der vorliegenden ökonomisch und juristisch ausgerichteten Expertise nicht weiter betrachtet.

Eigentum zentral (Abschnitt 3.4). Schließlich wird geprüft, ob die Schaffung einer Datenallmende national geregelt werden könnte, oder ob eine europäische Lösung erforderlich wäre (Abschnitt 3.5).

Der abschließende dritte Teil – Kapitel 4 – gibt Empfehlungen, welche ersten Schritte in Richtung auf eine Datenallmende sinnvoll wären. Weil sich derzeit nicht belastbar abschätzen lässt, wie stark die denkbaren volkswirtschaftlichen Vor- und Nachteile der Behandlung von Daten als Allgemeingut in der Praxis ausfallen, ist der bevorzugte Handlungsansatz, zunächst in ausgewählten Experimentierräumen Erfahrungen zu sammeln.

## 2. Volkswirtschaftliche Voraussetzungen für die Einrichtung einer Datenallmende

### 2.1 Daten als Produktionsfaktor und Innovationstreiber

Die Bedeutung von Daten als Wirtschaftsfaktor hat in den letzten Jahren deutlich zugenommen. Dies liegt zum einen daran, dass Daten unterschiedlicher Art und Herkunft mit digitalen Technologien erfasst und digitalisiert werden können. Zum anderen bietet der technologische Fortschritt die Möglichkeit, Daten in immer größeren Mengen zu speichern und zu verarbeiten. Weltweit betrachtet könnte das gesamte Datenvolumen von 33 Zettabyte im Jahr 2018 auf 175 Zettabyte im Jahr 2025 steigen (Reinsel et al. 2018). Gründe für diesen Anstieg der Datenmenge sind die zunehmende Verlagerung von sozialen und ökonomischen Aktivitäten ins Internet sowie eine wachsende Anzahl an vernetzten Maschinen und Sensoren in Betrieben (OECD 2015). Berechnungen im Auftrag der EU Kommission zufolge betrug der Anteil des Bruttoinlandsproduktes der EU-27, welcher durch die Datenökonomie erwirtschaftet wurde, im Jahr 2016 etwa 1,92 Prozent (IDC und Open Evidence 2017) und ist im Jahr 2019 auf 2,6 Prozent gestiegen (IDC und The Lisbon Council 2020).

Die ökonomische Literatur befasst sich damit, den Wert von Daten zu messen und die Bedeutung von Daten für Innovation und Produktivität sowie andere ökonomische Maße zu untersuchen. In einem makroökonomischen Modell betrachten Jones/Tonetti (2020) Daten als Nebenprodukt ökonomischer Aktivität, das die Qualität von Ideen verbessern und die Produktivität erhöhen kann (siehe hierzu auch Abschnitt 2.2.3). Zudem können die in Daten enthaltenen Informationen dazu beitragen, bessere Vorhersagen zu treffen und damit Unsicherheit zu reduzieren (Agrawal et al. 2018). Zahlreiche Studien belegen, dass Investitionen in digitale Technologien oder Informations- und Kommunikationstechnologien (IKT) sowohl Innovationen fördern<sup>3</sup> als auch signifikant zum Produktivitätswachstum beitragen.<sup>4</sup> Eine zentrale Erkenntnis dieser Studien ist, dass die erfolgreiche Nutzung digitaler Technologien komplementärer Investitionen bedarf, insbesondere in Humankapital und organisatorisches Kapital.<sup>5</sup> Dabei handelt es sich um immaterielle Güter („intangible assets“) oder wissensbasiertes Kapital. Weitere Beispiele für immaterielle Güter sind Software, Forschung und Entwicklung, Patente, Markennamen sowie Copyrights.<sup>6</sup>

Daten lassen sich ebenfalls als immaterielles Gut oder immaterielles Kapital klassifizieren. In Kombination mit Software sind sie in der Wirtschaft nutzbar für die Entwicklung gänzlich neuer oder deutlich verbesserter Produkte und Dienste (wie etwa für neue Funktionen im Auto mit assistiertem Fahren und Navigationssystemen), die Entwicklung neuer Geschäftsmodelle (wie etwa Suchmaschinen oder E-Commerce mit personalisiertem Produktangebot) oder die Verbesserung von Geschäftsprozessen (wie etwa „predictive maintenance“) sowie datenbasierte Entscheidungen (Big Data Analytics).

Die OECD (2020) unterscheidet zwei grundsätzliche Typen datenbasierter Geschäftsmodelle: „data-enabled business“ und „data-enhanced business“. Beim ersten Typ basieren das gesamte Geschäftsmodell und die damit eingeworbenen Umsätze eines Unternehmens auf Daten. Beim

---

<sup>3</sup> Siehe Brynjolfsson/Saunders (2010) sowie Brynjolfsson/McAfee (2014).

<sup>4</sup> Siehe die Übersichtsartikel von Draca et al. (2007) und Cardona et al. (2013).

<sup>5</sup> Bresnahan et al. (2002) und Bloom et al. (2012) finden empirische Evidenz für Komplementaritäten zwischen IKT, organisatorischem Kapital und Humankapital auf der Basis von Unternehmensdaten. Chen et al. (2016) und Corrado et al. (2017) nutzen aggregierte Daten auf Branchenebene und zeigen Komplementaritäten zwischen IKT-Kapital und immateriellem Kapital, das F&E, organisatorisches Kapital und Humankapital umfasst.

<sup>6</sup> Siehe OECD (2015).

zweiten Typ verbessert sich durch die Nutzung von Daten das bisherige Geschäftsmodell und die Entscheidungsbasis, oder die Datennutzung trägt zur Entwicklung neuer Produkte und Dienste bei. Das ursprüngliche Geschäftsmodell bleibt hingegen unberührt.

Empirische Untersuchungen zeigen, dass der Einsatz von „Big Data“ in der Wirtschaft in den letzten Jahren deutlich zugenommen hat. Eine Studie von Brynjolfsson/McElheran (2016) dokumentiert, dass US-amerikanische Unternehmen des verarbeitenden Gewerbes mit datenbasiertem Management ihre Produktivität um drei Prozent steigern konnten. Zudem besteht eine Komplementarität zum Anteil hochqualifizierter Beschäftigter. Niebel et al. (2019) zufolge weisen in Deutschland ansässige Unternehmen, die Big Data nutzen, eine signifikant höhere Wahrscheinlichkeit auf, Produktinnovationen zu realisieren und damit Umsätze zu generieren. Begünstigt wird dieser Zusammenhang durch Investitionen in IT-spezifische Kompetenzen der Beschäftigten.

Für Anwendungen der Künstlichen Intelligenz sind Daten ein wesentlicher Inputfaktor. In der Breite der Wirtschaft konzentriert sich die Anwendung Künstlicher Intelligenz in Deutschland im Jahr 2019 auf knapp sechs Prozent der Unternehmen und betrifft hauptsächlich die Anwendung des Maschinellen Lernens und Beweisens.<sup>7</sup> Die KI-anwendenden Unternehmen sind auf entsprechende Kenntnisse insbesondere in der Softwareprogrammierung angewiesen und verzeichneten im Jahr 2019 gut 22.000 offene KI-Stellen. Von den KI-nutzenden Unternehmen greift etwa ein Drittel auf externe Daten zurück. Dabei handelt es sich hauptsächlich um Daten, die kostenfrei zur Verfügung gestellt werden, zum Beispiel von Kunden, für die KI-Lösungen entwickelt werden. Ein weiterer Inputfaktor für die Anwendung von KI ist die Hardware. Hier greifen etwa ein Drittel der KI einsetzenden Unternehmen für KI-Anwendungen ausschließlich auf interne Hardware zurück, ein gutes Drittel nutzt sowohl interne als auch externe Hardware, und knapp ein Drittel greift ausschließlich auf externe Hardwarelösungen (Cloud-Dienste) zurück. Unternehmen, die KI einsetzen, sind eher in der Lage anspruchsvolle Innovationen mit einem hohen Neuheitsgrad hervorzubringen.<sup>8</sup>

Für die innovative und produktive Nutzung von Daten bedarf es also komplementärer Faktoren wie Humankapital (insbesondere Fähigkeiten im Umgang mit Daten und Kenntnisse in der Softwareprogrammierung), einer Infrastruktur, die es ermöglicht, Daten zu speichern und zu verarbeiten sowie geeigneter Analyseinstrumente wie Algorithmen. Standards sind erforderlich für die Interoperabilität von Daten, damit diese von verschiedenen Akteuren und für unterschiedliche Einsatzfelder genutzt werden können, oder um verschiedene Datensätze miteinander zu verknüpfen. Die Nutzungsmöglichkeiten von Daten hängen zudem von der Datenqualität ab, deren Bereitstellung mit hohen Kosten verbunden sein kann. Die Qualität der Daten wird zum Beispiel dadurch bestimmt, dass sie ihren Gegenstand richtig messen (accuracy) und für die jeweilige Anwendung geeignet sind (relevance).<sup>9</sup>

Somit hängt der Wert von Daten davon ab, in welchem Kontext die Daten genutzt werden und inwieweit sie dafür geeignet sind, sowie von komplementären Faktoren wie Infrastruktur, Analysesoftware und dem Wissen, diese in geeigneter Weise einzusetzen, um Mehrwert zu generieren.

---

<sup>7</sup> Siehe hierzu und für die folgenden Angaben Rammer et al. (2020).

<sup>8</sup> Siehe Rammer (2020).

<sup>9</sup> Siehe OECD (2020).

## 2.2 **Daten und Wettbewerb**

### 2.2.1 **Wettbewerb im digitalen Sektor und die Bedeutung von Daten**

Digitale Technologien verändern grundlegend die Wirtschaft und die Funktionsweise von Märkten. Verbunden mit der verstärkten Nutzung von digitalen Technologien sind erhebliche Wohlfahrtsgewinne für Verbraucher und Gesellschaft. Neue Produkte und Dienstleistungen entstehen, bestehende Prozesse können effizienter gestaltet werden.

Innerhalb von digitalen Märkten haben plattformbasierte Geschäftsmodelle eine besondere, zentrale Rolle übernommen.<sup>10</sup> Diese Plattformen verbinden verschiedene Gruppen. Beispiele hierfür sind Online-Suche, Soziale Netzwerke oder Verkaufsplattformen, bei denen die Plattformen als Intermediäre auftreten. So bringen Verkaufsplattformen Käufer und Verkäufer zusammen, Online-Suche oder soziale Netzwerke generieren Einnahmen, indem sie Verbraucher und Werbetreibende zusammenbringen. Alle großen Digitalunternehmen, wie etwa Google, Apple, Facebook, Amazon oder Microsoft, betreiben plattformbasierte Geschäftsmodelle. Plattformunternehmen sind durch eine dominante Marktposition, eine globale Präsenz sowie extrem hohe Börsenbewertungen gekennzeichnet. Zudem verfügen sie über große Datenmengen.

Auf der einen Seite sind Plattformunternehmen für eine Vielzahl von Produktinnovationen und Wohlfahrtsgewinnen verantwortlich. Auf der anderen Seite entstehen auf plattformbasierten Märkten auch neue wettbewerbliche Herausforderungen. Zentrale Charakteristika von digitalen Märkten, die unten noch näher skizziert werden, können zur Entstehung von Machtpositionen einzelner Unternehmen beitragen und sich über die Zeit verfestigen. Verschiedene Berichte und Gutachten haben sich daher mit der Frage beschäftigt, inwieweit bestehende Wettbewerbsregelungen an die Bedürfnisse der digitalen Ökonomie angepasst werden müssen, um Wohlfahrtsgewinne für Verbraucher und die Innovationsfähigkeit in digitalen Märkten auch in Zukunft zu erhalten. Für Deutschland liegt der Bericht der Kommission Wettbewerbsrecht 4.0 vor (Schallbruch et al. 2019), auf EU-Ebene der Vestager-Report (Crémer et al. 2019), der Furman-Report beleuchtet die Situation im Vereinigten Königreich (Furman et al. 2019), der Bericht des Stigler-Komitees analysiert die Konstellation in den USA (Stigler Committee 2019).

Die digitale Ökonomie ist durch Charakteristika gekennzeichnet, die die Tendenz zur Marktkonzentration fördern und damit zu Herausforderungen für den Wettbewerb werden können.<sup>11</sup> Zu ihnen zählen vor allem Skalenerträge, Netzwerkeffekte, Verbundeffekte und Datenverfügbarkeit.

Digitale Produkte und Dienstleistungen sind durch ausgeprägte Skaleneffekte charakterisiert, die durch hohe Fixkosten und geringe marginale Kosten ausgelöst werden. Dies bedeutet, dass die durchschnittlichen Kosten mit der Zahl der Nutzer sinken und somit Kostenvorteile für etablierte Unternehmen bestehen. Diese Skalierbarkeit erlaubt es den großen Digitalunternehmen eine große Anzahl an Verbrauchern zu bedienen und insbesondere auch global zu agieren.

Auch in traditionellen Märkten können Skalenerträge vorliegen, aber auf plattformbasierten, digitalen Märkten sind sie oft besonders ausgeprägt. Ein gutes Beispiel hierfür ist der Markt für Online-Suche, wo der Großteil der Kosten (wie etwa Investitionen in Suchalgorithmen, Datenbasis, Marketing) fix ist und die marginalen Kosten, einen weiteren Suchauftrag durchzuführen, vernachlässigbar sind.

Netzwerkeffekte sind ein weiteres, zentrales Merkmal von digitalen Märkten und insbesondere von digitalen Plattformen. Eine Plattform oder Dienstleistung wird umso attraktiver, je mehr Verbraucher

---

<sup>10</sup> Ein aktueller Überblick über plattformbasierte Märkte sowie Implikationen für die Wettbewerbspolitik wird unter anderem in Jullien/Sand-Zantman (2021) gegeben.

<sup>11</sup> Diese Faktoren werden auch in den oben erwähnten Berichten und Gutachten diskutiert.

dieselbe Plattform oder dieselbe Dienstleistung nutzen. Dabei sind direkte und indirekte Netzwerkeffekte zu unterscheiden:

- Direkte Netzwerkeffekte liegen vor, wenn die Attraktivität eines Produktes direkt mit der Anzahl anderer Nutzer steigt. Ein Beispiel hierfür sind soziale Netzwerke. Je größer die Anzahl der Nutzer, desto attraktiver ist es für einen weiteren Nutzer diesem Netzwerk beizutreten.
- Indirekte Netzwerkeffekte liegen vor, wenn die Attraktivität eines Produktes mit der Anzahl komplementärer Produkte steigt. Ein Beispiel sind Betriebssysteme für Smartphones. Je größer die Anzahl von Applikationen, die für ein Betriebssystem verfügbar sind, umso attraktiver ist das Produkt für weitere Verbraucherinnen und Verbraucher.

Beide Formen von Netzwerkeffekten können Feedback-Schleifen, also sich selbst verstärkende Effekte, begründen, so dass über die Zeit kleine Wettbewerbsvorteile zu sehr starken werden können.<sup>12</sup> Ein bereits etabliertes Unternehmen, das über eine größere Anzahl an Nutzerinnen und Nutzern verfügt, kann leichter weitere Nutzer attrahieren als ein kleineres Start-up Unternehmen. In diesem Sinne können Netzwerkeffekte bestehende Marktstrukturen verfestigen und den Markteintritt erschweren.<sup>13</sup>

Verbundeffekte treten ein, wenn ein in einem Markt etabliertes Unternehmen einen Wettbewerbsvorteil in einem benachbarten Markt erzielt. In der digitalen Ökonomie sind solche Verbundeffekte besonders stark ausgeprägt und können zu digitalen Konglomeraten und digitalen Ökosystemen führen.<sup>14</sup> Choi/Jeon (2021) illustrieren, dass solche Verbundeffekte auch durch das Bündeln bzw. Koppeln unabhängiger Produkte realisiert werden können. Dies wird insbesondere dadurch begünstigt, dass Angebote in vielen digitalen Märkten für Verbraucherinnen und Verbraucher kostenlos sind. Allerdings kann diese Bündelung auch eine ineffiziente Wirkung entfalten und dazu beitragen, effizientere Produkte aus dem Markt zu drängen. Verbundeffekte können durch Daten in besonderer Weise begründet werden. So können beispielsweise in einem Markt A gesammelte Daten dem Unternehmen personalisierte Produkte in einem Markt B ermöglichen und so einen Wettbewerbsvorteil gegenüber Unternehmen ohne diesen Datenzugriff schaffen (Bourreau/de Streeck, 2019; Furman et al. 2019).

Datengetriebene Verbundeffekte können auch durch Unternehmensübernahmen in benachbarten Märkten realisiert werden. Ein Zusammenschluss zweier Unternehmen kann es ermöglichen, Daten, die in einem Markt A generiert werden, zur Verbesserung der Dienstleistung in einem Markt B zu verwenden. Ein solcher Unternehmenszusammenschluss kann dann zu einer Erhöhung der Marktkonzentration in benachbarten Märkten beitragen.<sup>15</sup>

---

<sup>12</sup> Netzwerkeffekte sind nicht immer inhärente Charakteristika eines Marktes, sondern können auch durch strategische Unternehmensentscheidungen beeinflusst werden. Beispielsweise können durch die Herstellung von Kompatibilität zwischen verschiedenen Kommunikationsnetzwerken Netzwerkeffekte minimiert werden.

<sup>13</sup> Während Netzwerkeffekte zur Verringerung von Wettbewerb durch Monopolisierungstendenzen führen können, können starke Netzwerkeffekte auch die Intensität von Preiswettbewerb erhöhen, wenn mehrere Unternehmen im direkten Wettbewerb um Verbraucherinnen und Verbraucher stehen. Netzwerkeffekte führen dann zu sinkenden Preisen, da Unternehmen einen großen Anreiz haben, zusätzliche Kundinnen und Kunden zu gewinnen, durch die sie wiederum für weitere Verbraucherinnen und Verbraucher attraktiver werden. Siehe Armstrong (2006) für einen theoretischen Ansatz zu indirekten Netzwerkeffekten.

<sup>14</sup> Bourreau/de Streeck (2019) geben einen Überblick zu Verbundeffekten in digitalen Märkten sowie zu den daraus folgenden Politikimplikationen.

<sup>15</sup> Ausgehend von der Fusion Google-Fitbit untersuchen Chen et al. (2020) die Auswirkungen von datengetriebenen Unternehmenszusammenschlüssen. Die Studie zeigt, dass die Fusion zu positiven wie auch negativen Effekten für Verbraucherinnen



Neben diesen durch Daten etablierten Verbundeffekten kommt Daten ganz allgemein eine besondere Bedeutung in der digitalen Ökonomie zu. Gerade die großen Plattformunternehmen sammeln und werten Daten in einem bisher nicht gekannten Ausmaß aus. Dabei zeigt sich allerdings, dass durch Daten – als zentrales Merkmal der Datenökonomie – Wettbewerbsvorteile etabliert werden können. Die exklusive Verfügbarkeit von Daten kann die Marktkonzentration weiter begünstigen bzw. als Markteintrittsbarriere fungieren und somit bestehende Marktstrukturen zementieren.<sup>16</sup>

Der Furman-Report argumentiert beispielsweise, dass Daten – ähnlich wie Netzwerkeffekte – Feedback-Schleifen auslösen können. Ein Unternehmen kann Daten seiner Nutzerinnen und Nutzer sammeln und ihre Auswertung dazu nutzen, seine Produkte oder Dienstleistungen weiter zu verbessern. Das verbesserte Produkt wird dadurch für neue Nutzer attraktiv, deren zusätzliche Daten wiederum genutzt werden können, um das Produkt weiter zu verbessern. Dies kann zu einer sich selbst verstärkenden Feedback-Schleife führen und so die Dominanz eines Unternehmens über die Zeit zementieren. Indirekt kann eine solche Feedback-Schleife auch über eine durch Daten ermöglichte gezielte oder personalisierte Werbung entstehen. Ein Unternehmen, das im Besitz von Daten ist, die personalisierte Werbung ermöglichen, kann dadurch hohe Werbeeinnahmen generieren. Wenn diese Einnahmen dann wiederum zur Verbesserung von Produkten genutzt werden, um neue Kundinnen und Kunden zu attrahieren, können deren Daten dann wiederum die bestehende Möglichkeit zur Personalisierung weiter verbessern und so einen sich selbst verstärkenden Effekt auslösen.

Diese hier nur überblickshaft beschriebenen zentralen Charakteristika der digitalen Ökonomie sind nicht neu und in der ökonomischen Fachliteratur schon lange bekannt. Neu ist allerdings das Zusammentreffen all dieser Attribute in einem Markt, so dass Konzentrationstendenzen besonders ausgeprägt sind. Der Stigler-Report spricht daher auch von einem „unique setting subject to tipping“, also einer Marktkonstellation, die Tipping beziehungsweise die Dominanz eines einzelnen Unternehmens in einem besonderen Maße befördert.

Neben diesen Marktcharakteristika können bestimmte Unternehmensstrategien Konzentrationstendenzen zusätzlich verstärken. Zu solchen Unternehmensstrategien gehören beispielsweise missbräuchliches Marktverhalten, der frühzeitige Aufkauf möglicher Konkurrenten oder die Bildung konglomerater Strukturen, um eine marktdominante Stellung in benachbarten Märkten aufzubauen.<sup>17</sup>

In der Tat kann eine starke Tendenz zu Konzentration in der digitalen Ökonomie beobachtet werden. Beispiele hierfür sind die Märkte für die Online-Suche, die Betriebssysteme für mobile Geräte, oder soziale Netzwerke, die durch die Dominanz eines einzelnen oder einiger weniger Unternehmen gekennzeichnet. So hält Google in den letzten Jahren durchweg einen Anteil oberhalb von 90% im deutschen Markt für Suchmaschinen. Der größte Konkurrent (Bing) erreicht kaum 5%. Den Markt für Betriebssysteme mobiler Geräte teilen sich mit Google (Android) und Apple (iOS) zwei dominierende Anbieter, die in Deutschland in den letzten Jahren Marktanteile um die 70% und 30% erreicht haben.

---

und Verbraucher führen kann, wenn sich die Marktkonzentration nicht verändert. Allerdings kann eine datengetriebene Fusion auch zu weiterem Marktaustritt führen und sich so zum Nachteil von Kundinnen und Kunden auswirken.

<sup>16</sup> Siehe zum Beispiel Argenton/Prüfer (2012) und Prüfer/Schottmüller (2021).

<sup>17</sup> Kamepalli et al. (2021) betrachten in einem theoretischen Ansatz die Anreize für marktdominante Unternehmen, potenzielle Wettbewerber zu übernehmen. Die Autoren argumentieren, dass in digitalen Märkten die Kombination von Netzwerkeffekten und Wechselkosten zu geringeren Übernahmezeiten und damit zu suboptimalen Eintritts- und Innovationsanreizen für Start-ups führen kann.

Diese Marktkonzentration erscheint persistent, denn trotz hoher Gewinne kann nur wenig Markteintritt von neuen Wettbewerbern beobachtet werden, der die Marktstellung der dominanten Unternehmen gefährden könnte.

Eine hohe Marktkonzentration kann auch zu einer hohen Konzentration von Datenbesitz führen. So prognostizieren einige Studien, dass künftig nur eine kleine Zahl von Plattformunternehmen („Gatekeeper“) in der Lage sein werden, Daten in großem Stil und entlang vieler Dimensionen zu sammeln und diese auch auszuwerten. Somit könnte eine hohe Marktkonzentration in der Gegenwart zu einer hohen Datenkonzentration in der Zukunft führen.<sup>18</sup>

### 2.2.2 Wohlfahrtsverluste

Das Fehlen von effektivem Wettbewerb und eine dauerhaft starke Marktkonzentration können zu erheblichen Wohlfahrtsverlusten führen. Wenn starke Konzentrationsgründe vorliegen, ist *Wettbewerb im Markt* nicht mehr möglich, sondern es entsteht *Wettbewerb um den Markt*. Das heißt, dass Unternehmen sich im Wettbewerb um den gesamten Markt befinden und sich typischerweise nur ein einziges Unternehmen im Markt etablieren kann. Allerdings ist effektiver *Wettbewerb um den Markt* auch nur dann möglich, wenn neue innovative Unternehmen die Möglichkeit haben, in den Markt einzutreten und bereits etablierte Unternehmen zu verdrängen.

Es spricht viel dafür, dass die Faktoren, die eine starke Marktkonzentration begründen, auch als Eintrittsbarrieren fungieren, so dass auch der *Wettbewerb um den Markt* eingeschränkt ist, Märkte also nicht mehr bestreitbar sind.<sup>19</sup> Ein starker Hinweis in diese Richtung ist die Tatsache, dass trotz hoher Gewinne die derzeit etablierten Plattformen ihre Marktdominanz über eine lange Zeit erhalten können.

Durch eingeschränkte Wettbewerbsmechanismen können vielfältige Wohlfahrtsverluste für Verbraucherinnen und Verbraucher entstehen.<sup>20</sup> Wenn Märkte nicht bestreitbar sind, kann dieser fehlende Wettbewerbsmechanismus die Marktkonditionen für Kundinnen und Kunden verschlechtern. Dies kann sich beispielsweise in höheren Verbraucherpreisen äußern. Das marktdominante Unternehmen hat außerdem nur geringe Anreize, in die Qualität der angebotenen Produkte und Dienstleistungen zu investieren, da es nicht befürchten muss, dass eine Kundenabwanderung zu einem anderen Unternehmen stattfinden wird.

Auch Wettbewerb in weiteren nicht-preislichen Kategorien kann negativ beeinflusst sein. Nicht-preislichen Kategorien kommt eine besondere Bedeutung in vielen digitalen Plattformmärkten zu, da viele Produkte und Dienstleistungen kostenlos für Verbraucher sind und Unternehmen keinen direkten Preis verlangen.<sup>21</sup> Zum Beispiel können Unternehmen geringere Anreize haben verbraucherfreundlichere Regelungen hinsichtlich Datenschutz und Privatsphäre anzubieten. Da sich viele Plattformunternehmen über Werbung finanzieren, kann fehlender Wettbewerb somit auch zu einem Übermaß an Werbung führen.

---

<sup>18</sup> Siehe Acquisti et al. (2016).

<sup>19</sup> Den Aspekt des fehlenden effektiven Wettbewerbs betonen übereinstimmend der Stigler-Report (Stigler Committee 2019), der Furman-Report (Furman et al. 2019), der Vestager-Report (Crémer et al. 2019) und der Bericht der Wettbewerbskommission 4.0 (Schallbruch et al. 2019).

<sup>20</sup> Furman et al. (2019), S. 42ff. stellen die möglichen negativen Folgen für Verbraucherinnen und Verbraucher durch eingeschränkten Wettbewerb ausführlich dar.

<sup>21</sup> Indirekt „zahlen“ Verbraucherinnen und Verbraucher in digitalen Märkten durch die Bereitstellung ihrer persönlichen Daten, die dann beispielsweise zum Zwecke der personalisierten Werbung verwendet werden können.

Auch wenn Digitalunternehmen derzeit sehr hohe Ausgaben im Bereich Forschung und Entwicklung tätigen, können die Innovationsfähigkeit und die Anreize, weiterhin zu innovieren, negativ beeinflusst werden, wenn Märkte persistent nicht-bestreitbar sind. Dieser Aspekt ist von besonderer Bedeutung, da es sich bei der digitalen Ökonomie um sehr dynamische Märkte handelt und vergangene Wohlfahrtsgewinne für die Gesellschaft gerade durch die Entwicklung und Innovation neuer Produkte und Dienstleistungen entstanden sind. Dieser dynamische Wohlfahrtsaspekt wird von den eingangs erwähnten Gutachten betont.<sup>22</sup> Die verringerten Innovationsanreize können sich in zweifacher Hinsicht ausdrücken – zum einen hinsichtlich bereits bestehender, marktdominanter Unternehmen und zum anderen hinsichtlich Innovationen, die durch neuen Markteintritt erst möglich werden.

Wenn marktdominante Unternehmen in ihrer Marktstellung nicht gefährdet sind und nicht mit der Konkurrenz von neu eintretenden Unternehmen rechnen müssen, sinken die Anreize, hohe Investitionen in neue Produkte zu tätigen. Einmal etablierte Unternehmen in einem nicht-bestreitbaren Markt werden also weniger innovativ.

Auch Start-ups können weniger Anreize haben zu investieren und neue Innovationen zu entwickeln, wenn der Markteintritt erschwert ist oder Start-ups von etablierten Unternehmen übernommen werden. Dem wird oftmals entgegengehalten, dass Innovationen von Start-ups gerade durch die Aussicht, von einem marktdominanten Unternehmen übernommen zu werden, auch positiv befördert werden können. Allerdings gibt es auch Gegenargumente. So argumentieren Kamepalli et al. (2020), dass die Innovationsanreize ineffizient gering sein könnten, da Aufkaufpreise aus Sicht der Investoren aufgrund von Markteintrittsbeschränkungen zu gering ausfallen könnten. Der Furman-Report illustriert, dass Innovationsanreize von jungen Unternehmen auch fehlgeleitet werden können: Anstatt Produkte zu entwickeln, die mit den etablierten Unternehmen in direkter Konkurrenz stehen, können Unternehmen verstärkte Anreize haben, komplementäre Produkte zu entwickeln, mit dem Ziel von marktdominanten Unternehmen aufgekauft zu werden. Damit wird die Tendenz zu einer Marktkonzentration weiter verstärkt.<sup>23</sup>

### 2.2.3 Pro-kompetitive Eingriffe und Datenteilung

Verschiedene Untersuchungen – insbesondere die oben bereits genannten Berichte für Deutschland, Vereinigtes Königreich, USA und EU<sup>24</sup> – kommen zum Schluss, dass der bestehende Wettbewerbsrahmen nicht ausreicht, um Wettbewerb in der digitalen Ökonomie langfristig zu erhalten und weiterhin hohe Effizienzgewinne für Verbraucher und Gesellschaft zu sichern. Aus dieser Diagnose wird abgeleitet, dass pro-kompetitive Markteingriffe erforderlich sind. Diskutierte Maßnahmen sind beispielsweise eine verschärfte Fusionskontrolle, eine intensivere Beobachtung und Kontrolle von möglicherweise missbräuchlichem Verhalten von marktdominanten Unternehmen sowie die Förderung der Bestreitbarkeit von Märkten durch erleichterten Markteintritt.

Da Daten für die digitale Ökonomie wesentlich sind, kommt auch der Verfügbarkeit von Daten eine erhebliche Bedeutung zu. Ein zentrales Merkmal von Daten ist, dass sie den Charakter eines öffentlichen Gutes haben und nicht-rivalisierend in ihrer Nutzung sind. Das unterscheidet Daten von anderen Produktionsfaktoren wie etwa physischem Kapital. Daher kann es grundsätzlich effizient sein, wenn verfügbare Daten möglichst weit verwendet werden und möglichst viele Marktteilnehmer die vorhandenen Daten nutzen können. Auf der anderen Seite sind Daten allerdings auch

---

<sup>22</sup> Siehe Schallbruch et al. (2019), S. 22f. sowie Furman et al. (2019), S. 50ff.

<sup>23</sup> Siehe Furman et al. (2019), S. 50.

<sup>24</sup> Siehe Schallbruch et al. (2019), Furman et al. (2019), Stigler Committee (2019) und Crémer et al. (2019).

ausschließbare Güter, so dass Inhaber von Daten oft zu geringe Anreize haben, ihre Daten anderen Marktteilnehmern zur Verfügung zu stellen. Dies trifft insbesondere dann zu, wenn vorhandene Daten dem Inhaber private Vorteile bringen, zum Beispiel in Form von Wettbewerbsvorteilen, und diese durch eine Teilung der Daten gefährdet wären. Jones/Tonetti (2020) sprechen in diesem Zusammenhang von einem ineffizienten „data hoarding“.

Dies führt zu der Fragestellung, wer die Verfügungsgewalt über Daten haben sollte. Dazu betrachten Jones/Tonetti (2020) einen theoretischen Ansatz, in dem Daten als Produktionsfaktor eingesetzt werden können und vergleichen zwei verschiedene „Eigentums-Szenarien“: In einem Szenario sind Unternehmen die Inhaber von Daten, während in einem zweiten Szenario Verbraucherinnen und Verbraucher die Inhaber ihrer jeweiligen persönlichen Daten sind und entscheiden können, ob sie diese teilen oder verkaufen möchten. Jones/Tonetti (2020) zeigen, dass im ersten Szenario die Verwendung von Daten ineffizient gering ist, während sie im zweiten Szenario annähernd effizient ist.<sup>25</sup>

Im Folgenden werden die ökonomischen Effekte einer erweiterten Datenverfügbarkeit in Wettbewerbssituationen genauer betrachtet. Dabei wird unterschieden nach einer Weitergabe von Daten zwischen Wettbewerbern, die im selben Markt aktiv sind (horizontale Datenteilung) und einer Weitergabe an Akteure in anderen Märkten. Dabei wird sowohl eine Datenteilung innerhalb von verbundenen Wertschöpfungsketten und -netzen (vertikale Datenteilung) als auch eine Datenteilung zwischen benachbarten Märkten (konglomerate Datenteilung) betrachtet.

### **2.2.3.1 Horizontale Datenteilung**

Effizienzgewinne können direkter oder indirekter Art sein. Direkte Effizienzgewinne können entstehen, wenn Daten direkt zu einer Verbesserung von Produkten und Dienstleistungen verwendet werden oder neuartige Produkte und Dienstleistungen erst ermöglicht werden. Indirekte Effizienzgewinne sind möglich, wenn ein erweiterter Datenzugriff den Wettbewerb intensiviert.

Direkte Effizienzgewinne entstehen beispielsweise durch verbesserte Daten über Verbraucherinnen und Verbraucher, die es den datennutzenden Unternehmen ermöglichen, Produkte und Dienste zu personalisieren und damit auch den Wert für Kundinnen und Kunden zu steigern. In der Praxis gehören hierzu beispielsweise verbesserte Produktempfehlungen einer Streaming-Plattform oder auch eine relevantere Nachrichtenauswahl auf einer Nachrichtenplattform. Suchmaschinen liefern bessere Suchergebnisse, wenn die verwendete Datenbasis größer und heterogener ist.<sup>26</sup>

Diesen Effizienzgewinnen stehen Nachteile entgegen. So kann eine Datenteilungspflicht verringerte Anreize, Daten zu sammeln und auszuwerten, nach sich ziehen. Wenn die Verfügbarkeit von Daten einen Wettbewerbsvorteil generiert, können die Anreize in Daten zu investieren, sinken, wenn das Unternehmen, das die Daten sammelt, diese mit anderen Unternehmen teilen muss. Allerdings wird auch darauf hingewiesen, dass die negativen Auswirkungen auf diese Investitionsanreize geringer sein könnten als in infrastrukturbasierten Sektoren mit Zugangsverpflichtungen wie etwa im Telekommunikationssektor (Haucap 2021). Aufgrund des nicht-rivalisierenden Charakters kann der ursprüngliche Dateninhaber die Daten uneingeschränkt weiter nutzen. Zudem fallen Daten oft auch als Nebenprodukt ohne hohe Investitionskosten an. Zugangsansprüche können in der digitalen Ökonomie bereits bei niedrigeren Schwellenwerten ökonomisch sinnvoll sein (Haucap 2021).

---

<sup>25</sup> Diese Ergebnisse setzen unter anderem voraus, dass Datenmärkte effizient sind. Einige theoretische Studien kommen allerdings zu dem Ergebnis, dass dies bei Vorliegen von Daten-Externalitäten nicht der Fall sein muss, der Preis für die Weitergabe von Daten zu gering ist und Verbraucherinnen und Verbraucher ihre Daten ineffizient oft weitergeben (Acemoglu et al. 2021; Choi et al. 2019).

<sup>26</sup> Siehe Schaefer et al. (2018).

Bei personenbezogenen Daten könnte einer Datenteilungspflicht der Schutz der Privatsphäre entgegenstehen.<sup>27</sup> Selbst wenn personenbezogene Daten nur in anonymisierter Form geteilt werden, besteht durchaus die Gefahr einer Re-Identifikation, falls sich aus den in einem Datensatz enthaltenen Informationen zumindest mit sehr hoher Wahrscheinlichkeit auf die dahinter stehende Person rückschließen lässt. Dies kann insbesondere dann relevant sein, wenn Datenteilungspflichten das Zusammenführen von jeweils pseudonymisierten Daten aus verschiedenen Quellen ermöglichen. Die Kombination eines durch Verknüpfung erweiterten Merkmalsspektrums kann die Re-Identifikation erleichtern.<sup>28</sup>

Wie oben gezeigt, können der Besitz und die Verwendung von Daten zu Wettbewerbsvorteilen und datengetriebenen Feedback-Loops führen und somit Wettbewerb und die Bestreitbarkeit von Märkten einschränken. Indirekt können daher die bessere Verfügbarkeit von Daten und Datenteilungspflichten zusätzliche Effizienzgewinne auslösen, wenn sich damit die Wettbewerbsintensität in digitalen Märkten verstärken oder Markteintrittsbarrieren reduzieren lassen.

Um die Verfügbarkeit und das Teilen von Daten zu forcieren, kommen verschiedene Varianten in Betracht. Bei nicht-personenbezogenen Daten kann eine Datenteilungspflicht in Frage kommen, bei der marktdominante Unternehmen verpflichtet werden, notwendige Daten den Wettbewerbern zur Verfügung zu stellen. Bei personenbezogenen Daten ist eine erweiterte Datenmobilität eine Möglichkeit, die Verbraucherinnen und Verbrauchern weitgehende Rechte einräumt, Daten an andere Anbieter zu übertragen. Beide Möglichkeiten werden in den Berichten zur Weiterentwicklung des Wettbewerbsrahmens in der digitalen Ökonomie diskutiert.

Eine Datenteilungspflicht kann insbesondere dann ökonomisch sinnvoll sein, wenn ein Datenzugriff für das Geschäftsmodell essenziell ist und ohne diesen ein Markteintritt nicht möglich ist. Ein Beispiel hierfür ist der Markt für die Online-Suche.<sup>29</sup> Ein Suchalgorithmus ohne Zugriff auf eine große und hinreichend heterogene Datenbasis wird entsprechend weniger gute Suchergebnisse liefern und sich nicht durchsetzen können. Dies gilt aber weitaus allgemeiner: Generell benötigen Methoden des maschinellen Lernens häufig große Datenmengen, um gute Ergebnisse zu erzielen. Diese Datenmengen stehen Marktneulingen oftmals nicht zur Verfügung. In solchen Märkten kann eine Verpflichtung des marktdominanten Unternehmens, Daten zu teilen, eine Lösung sein, um Wettbewerb zu ermöglichen.

Dies ist zum Beispiel insbesondere dann der Fall, wenn die Verfügbarkeit von Daten ein direktes Erfordernis ist, um überhaupt in den Markt eintreten und ein konkurrenzfähiges Produkt anbieten zu können. Prüfer/Schottmüller (2021) argumentieren, dass dies in Märkten mit datengetriebenen Netzwerkeffekten gegeben ist. In einem theoretischen Ansatz betrachten sie einen Markt, in dem die Kosten, die einem Unternehmen dabei entstehen, erfolgreich zu innovieren, mit der Güte der verfügbaren Datenbasis sinken. Ein Unternehmen mit einer großen Datenbasis hat unter dieser Voraussetzung systematisch geringere Kosten, sein Angebot zu verbessern als ein Start-up mit einer kleineren Datenbasis. Die theoretische Analyse zeigt, dass eine solche asymmetrische Marktsituation zu einer starken Marktkonzentration mit Tipping führt, so dass der gesamte Markt langfristig nur von dem etablierten Unternehmen bedient wird. Zudem zeichnet sich das Marktgleichgewicht durch geringe Innovationsanreize aus: Sowohl das etablierte Unternehmen als auch das Start-up investieren zu wenig in die Verbesserung ihrer Produkte.

---

<sup>27</sup> Tsai et al. (2011), Tang (2020) und Lin (2020) zeigen, dass Verbraucher eine intrinsische Präferenz für den Schutz ihrer Privatsphäre haben können.

<sup>28</sup> Siehe zum Beispiel Sweeney (2002), Narayanan/Shmatikov (2008) oder Rocher et al. (2019).

<sup>29</sup> Siehe Prüfer/Schottmüller (2021) sowie Argenton/Prüfer (2012).

Prüfer/Schottmüller (2021) untersuchen in diesem Rahmen auch die Auswirkungen einer Datenteilungspflicht, also der Verpflichtung des marktdominanten Unternehmens, seine Datenbasis auch dem Start-up Unternehmen zur Verfügung stellen zu müssen. Sie zeigen, dass mit dieser Maßnahme Tipping verhindert werden kann. Zudem steigen die Innovationsanreize beider Unternehmen, so dass Verbraucher von verbesserten Produkten profitieren. Aufgrund dieser positiven Effekte hinsichtlich Wettbewerbsintensität und Innovation kommt die Studie zu der Empfehlung, eine Datenteilungspflicht in Märkten mit datengetriebenen Netzwerkeffekten zu etablieren.

Bei personenbezogenen Daten kann der Datenmobilität eine wesentliche Rolle zukommen, um Wettbewerb zu stimulieren. Datenmobilität räumt Verbraucherinnen und Verbrauchern eine größere Kontrolle über ihre Daten ein und ermöglicht es ihnen, ihre Daten von einem Unternehmen zu einem anderen Unternehmen zu übertragen. Dies kann als eine Alternative zu einer Unternehmensverpflichtung Daten weitergeben zu müssen, betrachtet werden und würde gleichzeitig Fragen des Daten- und Persönlichkeitsschutzes bei personenbezogenen Daten Rechnung tragen. Ziel einer erweiterten Datenmobilität kann sein, Lock-in-Effekte zu reduzieren und so den Wechsel zwischen verschiedenen Anbietern zu vereinfachen und den Wettbewerb zu verstärken. Der Vestager-Report argumentiert, dass eine erweiterte Datenmobilität Multihoming, also das gleichzeitige Verwenden mehrerer alternativer Dienstleistungen, fördern und damit den Eintritt komplementärer, innovativer Dienstleistungen und Produkte ermöglichen kann.<sup>30</sup>

Je nach Anwendung können die Anforderungen über die derzeit durch die Datenschutz-Grundverordnung (DS-GVO) bestehenden Datenübertragungsrechte von Verbraucherinnen und Verbrauchern hinausgehen. So kann zum Beispiel eine kontinuierliche Datenübertragung in Echtzeit erforderlich sein. Daher sprechen sich die Berichte zur Weiterentwicklung des Wettbewerbsrahmens in der digitalen Ökonomie grundsätzlich auch für eine Stärkung von Verbraucherrechten auf Datenmobilität aus. Allerdings illustrieren die Berichte auch, dass mit Datenmobilität hohe Kosten verbunden sein können. Eng verbunden mit der Datenmobilität sind offene (technische und semantische) Standards und Interoperabilität. Datenmobilität kann oftmals nur dann eine effektive Maßnahme sein, wenn gemeinsame Standards existieren, so dass Daten ohne Informationsverlust von verschiedenen Anbietern genutzt werden können. Die Entwicklung solcher gemeinsamer Standards ist oft komplex, kostspielig und erfordert in der Regel die Kooperation aller Marktteilnehmer. Auch können kleinere Marktteilnehmer überproportional belastet werden.

Aus diesen Erwägungen heraus sehen sowohl der Furman-Report als auch die Kommission Wettbewerbsrecht 4.0 großes Potential für eine Stärkung von Verbraucherrechten auf Datenmobilität, empfehlen aber Einzelfallprüfungen und sektorspezifische Regelungen.<sup>31</sup> Die Kommission Wettbewerbsrecht 4.0 weist auch darauf hin, dass es sinnvoll sein kann, Rechte auf Datenmobilität nur gegenüber marktbeherrschenden Unternehmen einzuführen und nicht auf kleinere Unternehmen auszuweiten, um diese nicht übermäßig zu belasten und Markteintritt nicht zusätzlich durch neue Kosten und Regulierungsanforderungen zu erschweren.<sup>32</sup>

---

<sup>30</sup> Siehe Crémer et al. (2019), S. 73ff. Ähnlich auch Furman et al. (2019), S. 64 ff., und Schallbruch et al. (2019), S. 38ff.

<sup>31</sup> Siehe Furman et al. (2019), S. 65, und Schallbruch et al. (2019), S. 38ff.

<sup>32</sup> Siehe Schallbruch et al. (2019), S. 55.

### 2.2.3.2 Vertikale und konglomerate Datenteilung

Ein Merkmal der digitalen Ökonomie ist es, dass verstärkt vertikal integrierte und konglomerate Strukturen entstehen. Die Entwicklung solcher Strukturen wird durch Verbundvorteile, die daraus entstehen, dass Daten in verschiedenen Anwendungsgebieten nutzbar sein können, besonders begünstigt (Borreau/de Streel, 2019).

Offene Daten entlang vertikaler Wertschöpfungsketten sind mit besonderen Herausforderungen verbunden. Wie in horizontalen Strukturen können direkte Effizienzgewinne entstehen, die sich etwa durch eine bessere Steuerung von Geschäftsprozessen innerhalb des Wertschöpfungsnetzes realisieren lassen. Um solche vertikalen Effizienzvorteile zu heben, kann es daher – im Vergleich zu horizontalen Strukturen – eine größere Bereitschaft der Akteure geben, Daten kooperativ zu sammeln und zu nutzen. Dem entgegen steht allerdings, dass offene Daten das Risiko beinhalten, anderen Marktteilnehmern einen größeren Einblick in die eigene Geschäftslage zu verschaffen. Dies wiederum kann die Verhandlungsposition innerhalb der vertikalen Wertschöpfungskette negativ beeinflussen.

In vertikalen Strukturen können zudem besondere wettbewerbliche Probleme entstehen: Ein marktdominantes und datenreiches Unternehmen kann in der Lage sein, Marktmacht auf nachfolgende Ebenen der Wertschöpfungskette zu übertragen. Relevant kann dies insbesondere im Hinblick auf Sekundärmärkte („Aftermarkets“) und das entstehende „Internet of Things“ sein.

Wenn Dienste zunehmend untereinander vernetzt werden, kann für das Anbieten zusätzlicher Dienste der Zugriff auf Daten, die von einem Primärprodukt produziert werden, erforderlich sein. Das Primärprodukt kann beispielsweise ein Aufzug oder ein anderes technisches Gerät sein und das Sekundärprodukt die Wartung dieses Produktes oder ein anderes komplementäres Produkt. Ohne Datenzugriff ist Wettbewerb im Sekundärmarkt nicht möglich, so dass ein Unternehmen im Primärmarkt seine Marktdominanz auf den Sekundärmarkt ausweiten kann. Datenteilungspflichten ermöglichen hier Effizienzvorteile durch verstärkten Wettbewerb um Sekundärprodukte bzw. eine effiziente Bereitstellung von komplementären Dienstleistungen.<sup>33</sup>

Daten, die in einem Markt entstehen, können auch in anderen Märkten wertvoll sein. Daher kann es, ähnlich wie in vertikalen Strukturen, auch in konglomeraten Strukturen zu einer Ausweitung von Marktmacht in angrenzenden Märkten kommen. Dies kann zur Entstehung von konglomeraten Digitalunternehmen beitragen, die in verschiedenen Märkten eine dominante Marktposition innehaben. Auch in solchen Situationen können Datenteilungspflichten hilfreich sein, um Wettbewerb und freien Marktzugang in den angrenzenden Märkten zu erhalten.

## 2.3 Parameter der Gestaltung einer Datenallmende

### 2.3.1 Einleitung

Die oben angestellten konzeptionellen Überlegungen machen deutlich, dass eine Datenallmende ökonomisch gesehen grundsätzlich ein geeignetes Instrument sein kann, um Ineffizienzen zu begegnen, zu denen die digitale Ökonomie wegen der besonderen Eigenschaften datenbasierter Wertschöpfungsprozesse systematisch neigt. Insbesondere könnte eine Pflicht zur Teilung von Daten zwischen Unternehmen dazu beitragen, den fehlenden Wettbewerb infolge einer starken Marktmacht von Akteuren, bei denen sich große Datenbestände konzentrieren, zu beleben. Dabei geht es in bereits durch eine hohe Konzentration geprägten Märkten vor allem darum, den Wettbewerb um den Markt zu verbessern, es also potenziellen neuen Anbietern zu erleichtern, mit

---

<sup>33</sup> Siehe Schallbruch et al. (2019), S. 36ff.

attraktiveren Produkten und Dienstleistungen in Konkurrenz zu etablierten Unternehmen mit marktbeherrschender Stellung zu treten. Hierdurch sind Wohlfahrtssteigerungen zu erwarten, weil bestehende Angebote zu günstigeren Konditionen verfügbar werden, oder weil neue und bessere Angebote auf den Markt kommen, die einen Mehrwert stiften. Allgemein könnten sinkende Kosten für Datenzugang und Datennutzung durch eine Datenallmende auch in Märkten, die (noch) nicht von Monopolisierungstendenzen geprägt sind, zu verstärkten Innovationen führen, weil der Preis für den immer wichtigeren Produktionsfaktor Daten sinkt.

Andererseits darf bei der Gestaltung einer Datenallmende jedoch nicht aus den Augen verloren werden, dass eine verpflichtende Bereitstellung von Daten für andere Nutzerinnen und Nutzer ohne entsprechende Kompensation dazu führt, dass Akteure, die zuvor in die Gewinnung und Aufbereitung der bereitzustellenden Daten investiert haben, damit verbundene positive Externalitäten nicht internalisieren können.<sup>34</sup> Dies kann Unterinvestitionen in Datenerfassung und Sicherung der Datenqualität zur Folge haben und – dynamisch gesehen – wiederum Einbußen an Wertschöpfung und Innovationen nach sich ziehen. Auf diese Weise zustande kommende ökonomische Nachteile müssen in der Summe geringer sein, als die bei Umsetzung einer Pflicht zur Datenteilung zu erwartenden ökonomischen Vorteile, um einen solchen Markteingriff zu rechtfertigen.

Ex ante lässt sich nicht präzise quantifizieren, ob die mit einer Datenallmende verbundenen Wertschöpfungs- und Innovationsbilanzen positiv oder negativ ausfallen werden. Allerdings erscheint es in bestimmten Konstellationen systematisch wahrscheinlicher als in anderen, dass sich insgesamt betrachtet ökonomische Nettovorteile ergeben. Dies spricht dafür, eine Pflicht zu Datenteilung an bestimmte Voraussetzungen zu knüpfen und nicht pauschal auf alle Unternehmen mit digitalen Geschäftsmodellen – oder gar auf alle Unternehmen in der Wirtschaft – auszudehnen.

### 2.3.2 Abgrenzung ökonomisch sinnvoller Einsatzbereiche

Gemäß den Analysen von Prüfer/Schottmüller (2021) dürfte eine Datenteilungspflicht insbesondere auf datengetriebenen Märkten, in denen Nutzerinformationen von Dienstleistern im laufenden Geschäftsprozess mit sehr geringem Aufwand erfasst werden können, und in denen diese Nutzerinformationen der zentrale Treiber von Innovationsprozessen sind, also datengetriebene indirekte Netzwerkeffekte auftreten, eine positive Wertschöpfungs- und Innovationsbilanz mit sich bringen. Dies ergibt sich daraus, dass diese Märkte im Status quo bereits stark monopolisiert sind und weder die darin aktiven marktbeherrschenden Unternehmen noch potenzielle Konkurrenten starke Anreize haben zu innovieren. Zu den Bereichen der digitalen Ökonomie, in denen diese Voraussetzungen erfüllt sein dürften, zählen zum Beispiel Suchmaschinen, Streaming-Dienste oder Plattformen, etwa zur Vermittlung von Unterkünften.

Demnach wäre ein Ansatzpunkt für eine Abgrenzung des ökonomisch sinnvollen Einsatzbereichs einer Datenallmende die Beschränkung auf bestimmte digitale Industrien beziehungsweise Geschäftsmodelle. Die Identifikation geeigneter Einsatzbereiche müsste dabei zunächst auf Basis detaillierter Analysen der in einem abgegrenzten Markt herrschenden Bedingungen erfolgen, die auf der einen Seite über den Nutzen der Nachfragenden im Markt bestimmen, und auf der anderen Seite über die Qualität der angebotenen Produkte und Dienstleistungen. Dies ist ein methodisch anspruchsvolles Unterfangen. Bereits im Vorfeld der notwendigen Gesetzgebung müssten geeignete Institutionen mit der Durchführung von entsprechenden Marktanalysen beauftragt werden. Auch nach Schaffung einer Datenallmende müsste der betroffene Markt weiter beobachtet werden, um bei dynamischen Veränderungen gegebenenfalls Anpassungen vorzunehmen. Hier müssen ausreichende

---

<sup>34</sup> Siehe OECD (2020), S. 95; Frischmann (2012).



finanzielle Ressourcen bereitgestellt und geeignet qualifizierte personelle Kapazitäten aufgebaut werden.

Der Geltungsbereich einer Datenallmende ließe sich auch an einfacheren Indikatoren oder Proxys festmachen. Bei dieser Vorgehensweise wächst allerdings die Ungewissheit, ob sich die mit der Pflicht zur Datenteilung verbundene Erwartung, dass sich positive Wertschöpfungs- oder Innovationsbilanzen ergeben, auch materialisieren wird. Deshalb sollte die Umsetzung mit einer sorgfältigen Begleitevaluation, die auf die sich einstellenden Veränderungen sowohl auf der Angebots- als auch der Nachfrageseite der betroffenen Märkte fokussiert, verbunden werden.<sup>35</sup> Steht im Vordergrund, die Macht von marktbeherrschenden Unternehmen mit datenbasierten Geschäftsmodellen zu brechen, könnte zum Beispiel die Pflicht zur Datenteilung auf das jeweils größte oder eine fixe Anzahl der größten Unternehmen in einem abgegrenzten Markt der digitalen Ökonomie beschränkt werden, wobei zusätzlich ein substantieller Mindestanteil an diesem Markt zu überschreiten wäre. Verwandte Ansätze wären, eine Datenallmende auf digitale Märkte auszurichten, in denen nur eine schwache Markteintrittsdynamik zu beobachten ist, oder auf Märkte, in denen die Unternehmen mit marktbeherrschender Stellung neue auf den Markt kommende potenzielle Konkurrenten sehr rasch übernehmen.

Ein anders gelagerter Ansatzpunkt, bei dem stärker die Innovations- als die Wettbewerbsziele einer Datenteilungspflicht im Vordergrund stehen, wäre die Einrichtung einer Datenallmende für Unternehmen, die auf Märkten der digitalen Ökonomie aktiv sind, die sich im Vergleich zur gesamten datenbasierten Wirtschaft nur durch eine unterdurchschnittliche Innovationsdynamik auszeichnen. Dies könnte auf nicht ausgeschöpfte Innovationspotenziale hindeuten, sofern der betroffene Markt nicht bereits einen hohen Reifegrad erreicht hat.<sup>36</sup>

### 2.3.3 Kreis der Zugangsberechtigten

Bei der Gestaltung der Datenallmende muss ebenfalls darüber entschieden werden, wer einen Rechtsanspruch auf den Zugang zu den in die Datenallmende eingebrachten Daten und deren Nutzung haben soll. Im Sinne der Förderung des Wettbewerbs im relevanten Markt muss die Gruppe der Berechtigten mindestens die Gruppe der bereits im Markt aktiven Unternehmen umfassen. In Konstellationen mit starken Monopolisierungstendenzen oder mit Unternehmen mit marktbeherrschender Stellung blieben damit allerdings die potenziellen Neuanbieter ausgeschlossen, die den Markt bestreiten könnten. Dies spricht dafür, den Kreis der Begünstigten weiter zu fassen. Für einen breiten Begünstigtenkreis spricht ebenfalls, dass damit auch Unternehmen oder Gründerinnen und Gründer begünstigt würden, die mit den offen gelegten Daten neuartige Geschäftsmodelle in anderen Märkten entwickeln oder gar einen ganz neuen Markt begründen wollen.

Ein Argument, den Begünstigtenkreis kleiner zu fassen, könnte sich daraus ableiten, dass die Bereitstellung für zusätzliche Nutzerinnen und Nutzer mit zusätzlichen Transaktionskosten verbunden ist. Der Charakter von Daten als ein immaterielles Gut, das leicht transferierbar beziehungsweise gut zentral speicherbar und von außen abrufbar ist, senkt die technischen Grenzkosten der Bereitstellung allerdings nahe gegen Null. Eher relevant ist der Aufwand für formale Prüfungen, sofern Zugriffs- und Nutzungsansprüche an bestimmte Bedingungen geknüpft werden. So ist denkbar, dass die Datenallmende territorial begrenzt werden soll, also beispielsweise nur in Deutschland oder in der Europäischen Union ansässige Akteure begünstigt werden sollen. Da sich

---

<sup>35</sup> Überlegenswert erscheint auch eine zunächst befristete Einführung von Datenteilungspflichten, um bei gravierenden Nebenwirkungen leichter gegensteuern zu können. Allerdings lassen sich einmal offen gelegte Daten nach Beendigung einer Datenallmende kaum wieder reprivatisieren. Da ein gegebener Datenbestand, der nicht aktualisiert wird, in der digitalen Ökonomie vielfach schnell veraltet, dürfte dieses Problem aber in vielen Kontexten nicht sehr gravierend sein.

<sup>36</sup> Dies wäre etwa durch ergänzende qualitative Marktanalysen zu prüfen.

diese Bedingung gegebenenfalls pro forma leicht erfüllen ließe, könnte eine sachgerechte Standortprüfung einen erheblichen Aufwand verursachen.

Sinnvoll erscheint, den Zugang zu einer Datenallmende an Nachweise einer ausreichenden Sachkunde im Umgang mit Daten und der Sicherung des Datenschutzes zu knüpfen. Auch damit wären Transaktionskosten durch jeden zusätzlichen Fall verbunden, die sich allerdings durch standardisierte Prüfroutinen begrenzen ließen. Nicht zu empfehlen ist dagegen die Knüpfung des Datenzugangs an den Nachweis eines berechtigten Interesses. Eine sachkundige Prüfung eines solchen Nachweises wäre mit erheblichem Aufwand verbunden. Zudem ist offen, wer eine solche Prüfung mit der gebotenen marktspezifischen Sachkenntnis und zugleich inhaltlich unabhängig leisten könnte. Soweit Akteure mit Eigeninteressen involviert werden, wäre mit aus strategischen Gründen verzerrten und mithin ineffizienten Entscheidungen zu rechnen.

#### **2.3.4 Art der zu teilenden Daten**

Ein weiterer bei der Gestaltung einer Datenallmende festzulegender Parameter ist, welche Daten von den zur Teilung verpflichteten Unternehmen offengelegt werden müssen. Hierbei muss es sich um einen laufend aktualisierten Datenstrom handeln, da Bestandsdaten im sehr dynamischen Umfeld der Datenökonomie für viele Anwendungszwecke schnell an Informationsgehalt und Wert verlieren. Ökonomisch gesehen sollte sich die Offenlegung zudem auf diejenigen Daten beschränken, die den Markteingriff mit dem Ziel einer positiven Wertschöpfungs- und Innovationsbilanz begründen. Soweit die Einrichtung einer Datenallmende aus dem Ziel der Wettbewerbsintensivierung in datengetriebenen Märkten hergeleitet wird, bedeutet dies, dass nur Nutzerinformationen offengelegt werden müssen, die von den Dienstleistern in diesen Märkten im laufenden Geschäftsprozess quasi automatisch erfasst werden. Die Pflicht zur Offenlegung sollte sich dabei lediglich auf die Rohdaten beziehen, um die Anreize für ein Trittbrettfahrer-Verhalten der begünstigten Unternehmen zu begrenzen und die Anreize der verpflichteten Unternehmen zu Investitionen in die Datenaufbereitung und Datenanalyse nicht zu schwächen. Die Beschränkung auf Rohdaten stärkt zugleich den Wettbewerb der Unternehmen um effizientere Datenanalysemethoden und begünstigt Innovationen, die zu einer Produktdifferenzierung beitragen (Prüfer 2020).

Stehen allgemeinere Innovationsziele bei der Einrichtung einer Datenallmende im Vordergrund, spricht dies weiterhin für eine Offenlegung in Form von Rohdaten. Zugleich ließe sich damit aber eine Offenlegung eines größeren Spektrums von bei den Unternehmen vorhandenen Daten begründen. Um die Anreize, in die Erfassung von Daten zu investieren, nicht übermäßig zu schwächen, sollte auch eine innovationsorientiert ausgelegte Datenteilungspflicht in erster Linie auf quasi-automatisch prozessgenerierte Daten abzielen. Da Innovationspotenziale vielfach in der Verknüpfung von Daten aus unterschiedlichen Quellen liegen, ist dabei die Bereitstellung von Identifikatoren, die solche Verknüpfungen ermöglichen, sinnvoll. Zugleich muss hier allerdings den – in Abschnitt 3 unten näher ausgeführten – Anforderungen des Datenschutzes Rechnung getragen werden. Deshalb sind personenbezogene Daten nicht in anonymisierter Form, also ohne jegliche identifizierenden Merkmale, zu teilen, sondern in pseudonymisierter Form. Dafür sind persönlich identifizierende Merkmale durch künstlich erzeugte Merkmale zu ersetzen, die keinen Rückschluss auf die ursprünglich dahinter liegende Person ermöglichen, aber die Eigenschaften des Datensatzes unverändert lassen.

#### **2.3.5 Sicherung von Innovationsanreizen**

Ökonomische Risiken, die mit einer Datenallmende verbunden sind, leiten sich insbesondere aus damit verbundenen Belastungen und einer sinkenden Profitabilität bei den Unternehmen ab, die zur Offenlegung ihrer Daten verpflichtet werden. Soweit auf diese Weise Monopolrenten beziehungsweise übermäßige Gewinne aus einer marktbeherrschenden Stellung abgeschöpft werden, sind diese Belastungen durchaus gewollt und werden in der gesamtwirtschaftlichen Perspektive

durch positive Externalitäten an anderer Stelle mehr als ausgeglichen. Dennoch muss darauf geachtet werden, dass die Datenallmende auch für die der Teilungspflicht unterliegenden Unternehmen so anreizkompatibel wie möglich gestaltet wird. Diesem Ziel dient etwa der oben erörterte Fokus auf die Teilung von Rohdaten.

Ein wichtiges Problem stellt sich in diesem Zusammenhang im Hinblick auf den Erhalt der Anreize zu innovieren für diejenigen, die neue datenbasierte Geschäftsmodelle entwickeln und in der Folge durch ihren Startvorteil rasch eine starke Stellung im von ihnen geschaffenen Markt erlangen. Dem berechtigten Interesse, eine angemessene Rendite mit der Innovation und Kompensation für die damit übernommenen Risiken zu erhalten, ließe sich Rechnung tragen, indem – ähnlich wie bei Patenten – dem Innovator für einen bestimmten Zeitraum das ausschließliche Nutzungs- und Verwertungsrecht an den mit der Innovation verbundenen Daten eingeräumt wird. Die Pflicht zur Datenteilung im gesamtwirtschaftlichen Interesse würde entsprechend nach Ablauf dieser Schutzfrist einsetzen.

Die Umsetzung eines solchen Ansatzes wäre allerdings in der Praxis nicht ganz einfach zu operationalisieren, vor allem in Konstellationen, in denen sich in der Dynamik aus einer ersten Innovation und den damit gewonnenen Daten neue Innovationen entwickeln, so dass eine weitere Schutzfrist einsetzen könnte. Bei mehrfachen Innovationen dürfte es zudem oft schwierig sein, bestimmte Daten eines Unternehmens einer einzelnen Innovation zuzuordnen. Diese Schwierigkeiten ließen sich – wiederum ähnlich wie beim Patentschutz – durch ein Anmeldeverfahren angehen, womit allerdings erhebliche Transaktionskosten verbunden wären. Eine Alternative könnte sein, am Alter des Unternehmens anzusetzen und Gründerinnen und Gründer beziehungsweise Startups für eine bestimmte Zeit von Datenteilungspflichten auszunehmen. Jedoch könnte es dann zu strategischen Ausgründungen von Unternehmen kommen, um die Einbeziehung in eine Datenallmende zu vermeiden.

### 2.3.6 Übernahme von Bereitstellungskosten

Weitere Anreizprobleme könnten sich im Zusammenhang mit der Bereitstellung der von den Unternehmen zu teilenden Daten ergeben. Daten für die Nutzung durch Dritte verfügbar zu machen, ist mit Transaktionskosten verbunden. Diese umfassen erstens die Kosten für die Umsetzung vorzulegender technischer Standards zur Gewährleistung der Interoperabilität, die notwendig ist, um in unterschiedlichen Formaten vorliegende Daten aneinander anzupassen und mit verschiedenen IT-Systemen nutzen zu können. Zweitens entstehen Kosten für die notwendige Infrastruktur, um Daten zu speichern und für deren (Cyber-)Sicherheit zu sorgen. Drittens ist die Sicherstellung der Datenqualität mit Kosten verbunden. Die offen zu legenden Daten müssen richtig messen, was sie messen sollen, und ihre Erhebung und Aufbereitung muss gut dokumentiert sein. Schließlich entstehen bei einer Offenlegung von personenbezogenen Daten Kosten für die aus Gründen des Datenschutzes erforderliche Anonymisierung oder Pseudonymisierung.

Es stellt sich die Frage, wer diese mit der Einrichtung einer Datenallmende verbundenen Kosten übernehmen soll. Wird das zur Datenteilung verpflichtete Unternehmen zusätzlich zur Übernahme der Kosten der Bereitstellung verpflichtet, erleidet es einen wirtschaftlichen Nachteil, der durch die mit der Datenteilung verfolgten Ziele nicht zu rechtfertigen ist. Zudem werden die Anreize geschwächt, an der Datenbereitstellung angemessen mitzuwirken. Weil das betroffene Unternehmen versuchen wird, die zu tragenden Kosten möglichst gering zu halten, kann die Qualität der bereitgestellten Daten, des Datenzugangs oder der Interoperabilität leiden. Schließlich wären die mit der Datenteilung einhergehenden Transaktionskosten für große, marktdominante Unternehmen eher tragbar als für kleinere Unternehmen mit schwacher Stellung im Markt. Sofern die Datenteilungspflicht alle Marktakteure einbezieht, könnte sich aus der Pflicht zur Übernahme der entstehenden Transaktionskosten eine Markteintrittsbarriere ergeben, also der Wettbewerb entgegen der mit einer Datenallmende verbundenen Intention geschwächt werden.

Diese Argumente sprechen dafür, zur Datenteilung verpflichtete Unternehmen nicht mit den Kosten der Datenbereitstellung zu belasten, sondern vielmehr diese Kosten in angemessener Höhe zu erstatten. Ökonomisch betrachtet sollten die Transaktionskosten möglichst von den Akteuren getragen werden, die aus der Datenteilung einen Nutzen ziehen. Dies wären also diejenigen Unternehmen, die eine produktive Verwendungsmöglichkeit für die geteilten Daten entwickeln. Eine dem Äquivalenzprinzip entsprechende Pflicht zur Kostenübernahme durch diese Akteure würde allerdings voraussetzen, dass die jeweiligen aus der Datenteilung gezogenen wirtschaftlichen Vorteile durch eine übergeordnete öffentliche Stelle nachvollzogen werden können. Da die profitierenden Unternehmen einen Anreiz haben, diese Vorteile zu verschleiern, weil daran eine Kostenerstattungspflicht gekoppelt ist, wäre mit dieser Lösung allerdings ein erheblicher Prüfaufwand verbunden. Eine Alternative wäre, bereits den Datenzugang an die Zahlung einer pauschalen Aufwandsentschädigung zu knüpfen. Eine solche Regelung könnte jedoch finanziell leistungsschwache Unternehmen und insbesondere Gründerinnen und Gründer benachteiligen.

Wegen dieser Probleme könnte eine Übernahme der Bereitstellungskosten verpflichtend zu teilender Daten durch die öffentliche Hand die im Vergleich bessere Lösung sein. Sie lässt sich ökonomisch insofern rechtfertigen, als mit einer Datenallmende im öffentlichen Interesse liegende positive Wertschöpfungs- und Innovationseffekte verbunden sind, die auf die gesamte Volkswirtschaft ausstrahlen und sich auch in zusätzlichen Steuereinnahmen niederschlagen. Statt Kompensationszahlungen an die Daten teilenden Unternehmen zu leisten, könnte der Staat auch in eigene technische Infrastrukturen oder durch Intermediäre organisierte Lösungen investieren, die zu einer Verringerung der Transaktionskosten für die in die Datenallmende einbezogenen Unternehmen beitragen. Eine direkte oder indirekte Beteiligung des Staates an eine Datenallmende unterstützenden Infrastrukturen könnte als weiteren Vorteil mit sich bringen, dass auf diese Weise Standards für die Datenherausgabe – etwa Datenformate und Interoperabilität, die Dokumentation und die Anforderungen an den Datenschutz – leichter implementiert und vor allem deren Einhaltung besser geprüft werden könnten.

### **2.3.7 Sicherung der Datenqualität**

Ein Problem, das auch unter dieser Voraussetzung nur schwer zu lösen ist, ergibt sich aus den Anreizen für die zur Datenteilung verpflichtenden Unternehmen, die mit Dritten zu teilenden Daten zu verfälschen oder nur unvollständig bereit zu stellen. Diese Möglichkeit ergibt sich daraus, dass die datenerzeugenden Geschäftsprozesse als Geschäftsgeheimnisse weiterhin geschützt sind und damit nicht ohne Weiteres bekannt ist, welche Daten in welcher Qualität eigentlich bei den Unternehmen vorhanden sind. Die mit dieser Informationsasymmetrie verbundenen Risiken lassen sich letztlich nur begrenzen, wenn die Entdeckung eines Fehlverhaltens der in die Datenallmende einbezogenen Unternehmen mit ausreichend hohen erwarteten Sanktionskosten verbunden wird. Da von einem hohen Prüfaufwand im Einzelfall auszugehen ist, so dass nur stichprobenartige Kontrollen möglich sind, müssten die im Entdeckungsfall verhängten Sanktionen das betroffene Unternehmen wirtschaftlich sehr stark treffen. Insoweit ist an entsprechend hohe Geldstrafen zu denken.

Soweit sich die Einrichtung der Datenallmende aus dem Ziel der Beschränkung von Monopolmacht ableitet, könnte zudem auch die starke Drohung einer Zerschlagung des Daten verfälschenden Unternehmens im Raum stehen. Weil eine Zerschlagung jedoch kartellrechtlich voraussetzungsvoll ist, dürfte sie als eigenständige Sanktion im vorliegenden Kontext kaum in Betracht kommen.

Die Notwendigkeit, einen Sanktionsmechanismus bei Fehlverhalten der Unternehmen zu etablieren, ist ein weiterer Grund, weshalb eine Datenteilungspflicht eine leistungsfähige Behörde oder administrative Struktur im Hintergrund erfordert, die die Gestaltungsparameter einer Datenallmende justiert und deren Umsetzung beaufsichtigt oder vermittelt. Weitere wesentliche Aufgaben einer solchen Organisation umfassen die Identifikation der in die Datenallmende einzubeziehenden

Marktsegmente beziehungsweise Unternehmen, die Festlegung und Sicherung der Datenstandards sowie den möglichst effizienten Ausgleich der Datenbereitstellungskosten.

### 2.3.8 Fazit

Fasst man die Ergebnisse der ökonomischen Analyse zum Konzept der Datenallmende knapp zusammen, lässt es sich aus latenten Ineffizienzen in der datenbasierten Ökonomie heraus beziehungsweise mit den durch eine Datenteilungspflicht per Saldo zu erzielenden Zugewinnen an Wertschöpfung und Innovationsleistung begründen. Da sich positive Wertschöpfungs- und Innovationsbilanzen jedoch nur unter bestimmten Voraussetzungen einstellen, erscheint eine partielle Datenteilungspflicht auf ausgewählten – in Kapitel 4 unten noch näher in den Blick zu nehmenden – Teilmärkten in der Datenökonomie einer allgemeinen Datenteilungspflicht aus ökonomischer Sicht überlegen.

Die mit einer Datenallmende potenziell verbundenen gesamtwirtschaftlichen Nettovorteile lassen sich im Voraus nicht exakt quantifizieren. Darum sollte eine Implementation des Konzepts behutsam, das heißt, schrittweise und mit adäquaten Begleitevaluationen verbunden, angegangen werden. Bei der Etablierung einer Datenallmende – und entsprechend bei der Gestaltung erster quasi experimenteller Schritte in deren Richtung – müssen eine Reihe von Gestaltungsparametern beachtet werden. Diese umfassen insbesondere die Festlegung des Kreises der zur Datenteilung verpflichteten Unternehmen, die Festlegung des Kreises der Akteure, die Zugangs- und Nutzungsrechte mit Bezug auf die zu teilenden Daten erhalten, die Abgrenzung der zu teilenden Daten, die Organisation der Datenbereitstellung, eine angemessene Verteilung der mit der Datenteilung verbundenen Transaktionskosten, sowie Maßnahmen für einen ausreichenden Schutz der zur Datenteilung verpflichteten Unternehmen.

Da volkswirtschaftlich vorteilhafte Datenallmende-Lösungen wegen Interessengegensätzen der davon betroffenen Akteure in der Regel nicht freiwillig zustande kommen dürften, müssten Datenteilungspflichten wohl in einem „Datenallmende-Gesetz“ verankert werden. In diesem Rahmen könnten auch ökonomisch sinnvolle Grundfestlegungen für deren zentrale Gestaltungsparametervorgenommen werden. Dies lenkt den Blick in Richtung auf die juristischen Rahmenbedingungen für die Umsetzung des Konzepts der Datenallmende, die im folgenden Teil dieser Expertise ausführlich erörtert werden.

### 3. Juristische Rahmenbedingungen

#### 3.1 Problemeinstieg und Gang der rechtlichen Untersuchung

Datenallmende ist kein juristischer Begriff. Die Rechtsprechung hat ihn bislang nicht aufgegriffen, auch die Literatur nutzt ihn nur vereinzelt als Stichwort.<sup>37</sup> Man nähert sich von der allgemeinen Wortbedeutung her. Das altdeutsche Wort Allmende beschreibt ein Gemeindegut, also eine Form gemeinschaftlichen (regelmäßig öffentlichen) Eigentums.<sup>38</sup> Übertragen auf Daten wird daraus Datenallmende. Auch wenn der Begriff rechtlich bestenfalls irreführend ist, da das deutsche Sachenrecht kein Eigentumsrecht an Daten kennt<sup>39</sup>, beschreibt er doch einprägsam, worum es in der Sache geht: die Betrachtung von Daten als öffentliches Gut, etwas, was jeder und jedem zur Verfügung stehen soll, und zwar kostenlos. In der Literatur wird dieser auf verschiedene Weise verfolgte Lösungsansatz treffend mit Zugang zu statt Zuordnung von Daten beschrieben.<sup>40</sup> Doch für diesen Zugang zu dem öffentlichen Gut Daten bedarf es klarer rechtlicher Regelungen, etwa Offenlegungspflichten für die Akteure, die über die begehrten Daten verfügen. Doch diese gilt es erst noch zu entwickeln. Die Sichtung des Vorhandenen zeigt Vorläufer und Anknüpfungspunkte in nur sehr begrenztem Umfang.

Im rechtlichen Teil der vorliegenden Expertise geht es also darum, die möglichen Wegbereiter, aber auch Leitplanken künftiger Entwicklungen aufzuzeigen: Das, was – wie oben gezeigt – ökonomisch sinnvoll und erstrebenswert ist, muss rechtlich systemstimmig und verfassungs- und unionsrechtlich zulässig sein. Soweit etablierte Modelle der normativen Regulierung erweiterungsfähig oder übertragbar sind, soll dies mit in den Blick genommen werden.

Am Anfang steht damit eine juristische Bestandsaufnahme (Abschnitt 3.2), wobei ein spezifischer Blick auf die vorhandenen juristischen Antworten auf die Datendominanz der Internetgiganten geworfen werden soll (Abschnitt 3.3). Es geht hier im Besonderen um die Zugriffsmöglichkeiten, die sich bereits *de lege lata* und *de lege ferenda* aus dem Kartell- und Wettbewerbsrecht ergeben.

In einem weiteren für die Expertise zentralen Schritt geht es dann um die „Leitplanken“, also die möglichen juristischen Konflikte einer Weiterentwicklung. Hierbei sind die unternehmerische Freiheit und der Eigentumsschutz zentral. Diese genießen auf nationaler (Grundgesetz) und europäischer Ebene (Grundrechtecharta der EU) gleichermaßen Grundrechtsschutz (siehe Abschnitt 3.4.). Sodann ist in einem vierten Schritt (Abschnitt 3.5) zu prüfen: Ist eine nationale Regelung möglich oder bedarf es einer europäischen Regelung? Internetkonzerne handeln international und grenzüberschreitend. Wie weit kann hier eine nationale Regelung dennoch wirksam regulieren? Welche Anknüpfungspunkte zum nationalen Recht sind notwendig, um verbieten und gebieten zu können? Und welche Ausweichmöglichkeiten hat das Unternehmen? Bestehen unionsrechtliche Vorgaben, die gegen eine nationale Regelung sprechen, oder doch den Regelungsspielraum einengen, womöglich gar auf Null reduzieren?

---

<sup>37</sup> Eine Abfrage der Datenbanken juris und Beck-Online ergab jeweils nur einen Treffer, siehe Kornmeier/Baranowski (2019), S. 1219.

<sup>38</sup> Siehe Duden, Stichwort „Allmende“, abrufbar unter <https://www.duden.de/rechtschreibung/Allmende>, zuletzt abgerufen; 27.02.2021.

<sup>39</sup> Zur Diskussion des Dateneigentums überzeugend Hoeren (2019), S. 5 mit zahlreichen weiteren Nachweisen; ablehnend auch Kühling/Sackmann (2020). S. 24ff.

<sup>40</sup> Kornmeier/Baranowski (2019), S. 1219; so auch bereits Specht (2016), S. 295.



### 3.2 ***Vorläufer und Wegweiser: Ein Blick auf aktuelle Regelungsansätze und ihre Grenzen***

Um die Hürden zu eruieren, die bei der Schaffung passgenauer Regelungen bestehen, ist es sinnvoll, sich zunächst die Gemengelage vor Augen zu führen, innerhalb derer sich die Diskussion um die Datenallmende vollzieht. Die Gründe, die vielleicht für, aber auch gegen solche Zugangsmöglichkeiten zu Daten durch Offenlegungspflichten bzw. Datenzugangsansprüche sprechen, sollen aus dem spezifisch juristischen Blickwinkel beleuchtet werden, also in der Form, wie diese Gründe auch juristisch gegriffen und bewertet werden können.

#### 3.2.1 **Gründe für und gegen Offenlegungspflichten aus juristischer Sicht**

Offenlegungspflichten verwirklichen das Ziel, die bislang geheim gehaltenen oder jedenfalls allein genutzten Daten breiter nutzbar zu machen, etwa für die Allgemeinheit, sodass jeder dann von diesen Daten profitieren kann, es also zu einer Nutzenmehrung durch Datenteilung kommt. Das ist problemlos möglich, denn die meisten Daten können unendlich vervielfältigt und von einer unbegrenzten Anzahl von Nutzerinnen und Nutzern gleichzeitig verwendet werden, ohne dass sie aufgebraucht oder verknappt würden.

In dieser Nutzarmachung können große Vorteile für die Gesellschaft liegen, gerade wenn die Daten etwa zur Forschung verwendet werden, die Bürgerinnen und Bürger mehr Kontrolle über ihre Daten erhalten oder aber eine größere Anzahl von Unternehmen diese Daten nutzen. Auf diese Weise kann eine größere Marktkonkurrenz bzw. stärkerer Wettbewerb entstehen, was zu niedrigeren Verbraucherpreisen führen und Wohlstandssteigerungen nach sich ziehen kann. So kann zugleich die Marktmachtkontrolle einzelner Unternehmen (gerade von globalen Playern, die über bislang nur selten eingeschränkte Datenmacht verfügbaren, man denke nur an Alphabet/Google, Microsoft, Apple und Facebook) ein Stück weit gebrochen werden. Schließlich ist selbst im Kartellrecht längst anerkannt, dass Marktmacht allein durch Daten generiert und zu einer monopolähnlichen Stellung ausgebaut werden kann – die Literatur spricht hier zuweilen von einem „faktischen Monopol“<sup>41</sup> –, gerade wenn die Daten akkumuliert werden.<sup>42</sup> Die gesteigerten öffentlichen Interessen an der Schaffung von Datenoffenlegungspflichten zur Verwirklichung der Datenallmende sind also nicht von der Hand zu weisen.

Doch auch die Nachteile etwaiger Offenlegungspflichten liegen auf der Hand: Nicht alle Daten, die allein und ohne gemeinsame Nutzung mit anderen von dem einzelnen Unternehmen genutzt werden, wirken sich negativ auf Allgemeinheit und Wirtschaft aus. Die Akkumulation von Daten in einer Hand kann auch zu effizienteren Geschäftsmodellen und echter Innovation führen – ein Umstand, dem bereits durch die Bewahrung geistigen Eigentums und den Schutz von Geschäftsgeheimnissen in anderen Rechtsakten Rechnung getragen wird.

Hinzu tritt, dass immer dann, wenn sich Daten auf identifizierte oder jedenfalls identifizierbare natürliche Personen beziehen, das Datenschutzrecht als weitere Hürde eingreift. Daher werden sich Offenlegungspflichten meist nur auf aggregierte Daten beziehen können; auf solche Daten also, die verallgemeinerungsfähig sind und aus unterschiedlichen Quellen stammen, sodass ein Personenbezug des einzelnen Datums, das offengelegt wird, nicht mehr herstellbar ist. Zudem können Datenoffenlegungspflichten reflexiv auch dazu führen, dass Akteure geringere Investitionen

---

<sup>41</sup> Louven (2018), S. 217.

<sup>42</sup> Siehe etwa BGH, Beschluss vom 23.6.2020 – KVR 69/19, GRUR 2020, 1318: „Bedingt sich der marktbeherrschende Betreiber eines sozialen Netzwerkes in den Nutzungsbedingungen aus, dem Nutzer ein ‚personalisiertes Erlebnis‘ bereitzustellen, für dessen Inhalt personenbezogene Daten des Nutzers verwendet werden, die durch die Erfassung des Aufrufs von Internetseiten außerhalb des sozialen Netzwerkes gewonnen werden, kann hierin die missbräuchliche Ausnutzung seiner marktbeherrschenden Stellung liegen.“ Siehe ferner das Sondergutachten 68 der Monopolkommission zum Wettbewerb auf digitalen Märkten (Monopolkommission 2015).

in Dateninnovationen tätigen, weil sie (in manchen Fällen berechtigt) darauf hoffen können, die Daten über eine Offenlegungspflicht mittelfristig auch ohne Eigeninvestitionen erhalten zu können.

### 3.2.2 **Richtlinie (EU) 2019/1024, ein neugefasstes E-Government-Gesetz und der Entwurf eines Datennutzungsgesetzes**

All dies vielleicht bedenkend, kam es bereits zu europäischen Entwicklungen, die ihren Niederschlag im nationalen Recht gefunden haben.

Einen ersten Anhaltspunkt geben die Open-Data-/PSI-Richtlinie (EU) 2019/1024 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 20. Juni 2019 über offene Daten und die Weiterverwendung von Informationen des öffentlichen Sektors sowie das derzeit im parlamentarischen Prozess befindliche Datennutzungsgesetz (2. Open-Data-Gesetz), im Zuge dessen auch das deutsche E-Government-Gesetz geändert werden soll.<sup>43</sup> Die Richtlinie intendiert gerade die EU-weite Verwendung offener Daten sowie die Wiederverwendung bereits vorhandener Daten des öffentlichen Sektors durch natürliche oder juristische Personen. In Umsetzung dieser Richtlinie liegt bereits ein Entwurf eines Datennutzungsgesetzes vor, das inhaltlich öffentliche (bzw. öffentlich finanzierte) Daten als wesentlichen Beitrag für den Erfolg von Schlüsseltechnologien in Europa einstuft, insbesondere im Hinblick auf Künstliche Intelligenz. Um die bislang eher beschränkte Verfügbarkeit öffentlicher Daten zu überwinden, sollen Anreize gesetzt und rechtliche Unsicherheiten beseitigt werden. So sollen die Daten der Bundesverwaltung besser verfügbar gemacht werden. In Abänderung von § 12 E-Government-Gesetz soll die Verpflichtung zur Bereitstellung öffentlicher, maschinenlesbarer und bearbeiteter Daten aufgenommen werden, die sich auf die gesamte Bundesverwaltung erstreckt und allein Selbstkörperschaften sowie Beliehene hiervon ausnimmt:

„(1) Die Behörden des Bundes mit Ausnahme der Selbstverwaltungskörperschaften stellen unbearbeitete maschinenlesbare Daten, die sie zur Erfüllung ihrer öffentlich-rechtlichen Aufgaben erhoben haben oder durch Dritte in ihrem Auftrag haben erheben lassen, zum Datenabruf über öffentlich zugängliche Netze bereit [...]. Satz 1 gilt nicht für natürliche Personen und juristische Personen des Privatrechts, denen hoheitliche Aufgaben zur selbständigen Wahrnehmung übertragen wurden.“

Soweit die Bereitstellung personenbezogener Daten betrifft, sollen diese anonymisiert werden, um Friktionen von vornherein zu vermeiden (§ 12a Abs. 5 S. 5 E-Government-Gesetz-E). Zugleich sollen sogenannte Open-Data-Initiativen durch das Datennutzungsgesetz gefördert werden.

Erste Stellungnahmen hierzu finden sich bereits im Aus- und Inland. De Hert/Sajfert (2019) befassen sich mit dem Thema „Regulating Big Data in and out of the data protection policy field“ und gehen hierbei auch auf die EU-Richtlinie über offene Daten ein. Hierbei heben sie das Vorrangsprinzip der Richtlinie hervor, die dem Schutz personenbezogener Daten Vorrang einräumt und damit ein Beispiel liefere, wie die DS-GVO auch bei künftigen Rechtsakten als Referenzpunkt für legislatives Handeln diene könne.<sup>44</sup> Auch Buchholz (2019) nimmt die Richtlinie in den Blick und fragt, wie viel Datenhoheit den öffentlichen Unternehmen noch verbleibt, wobei er positiv hervorhebt, dass richtigerweise für öffentliche Unternehmen, die im Wettbewerb miteinander stehen, eine Ausnahme von der Bereitstellung vorgesehen wurde.<sup>45</sup>

---

<sup>43</sup> Bundestags-Drucksache 19/27442.

<sup>44</sup> De Hert/Sajfert (2019), S. 11: “What we see is a fine example of using the GDPR as a reference point, while at the same time using specific laws to open up the GDPR protection in the name of Big Data.”

<sup>45</sup> Buchholz (2019), S. 197.



### 3.2.3 Der Entwurf eines Data Governance Act

Dabei ist es nicht geblieben. Am 25.11.2020 hat die EU-Kommission den Entwurf eines Data Governance Act präsentiert,<sup>46</sup> der sowohl in seiner formellen Konzeption als Verordnung als auch in seiner inhaltlichen Stoßrichtung einen kleinen Schritt weiter geht<sup>47</sup> und – so die Entwurfsbegründung – darauf ausgerichtet ist,

„die Verfügbarkeit von Daten zur Nutzung zu fördern, indem das Vertrauen in die Datenmittler erhöht wird und die Mechanismen für die gemeinsame Datennutzung in der gesamten EU gestärkt werden“.<sup>48</sup>

Erste Stellungnahmen in der Literatur sprechen angesichts dieser Zielrichtung treffend von einem Datenwirtschaftsgesetz, weil der europäische Ordnungsgeber Daten hiermit als Wirtschaftsgut anerkennt und noch konkretere Vorgaben macht, um sie für die Allgemeinheit (etwa im Wege der Verarbeitung zu Wissenschafts- und Forschungszwecken), aber auch für die Wirtschaft nutzbar zu machen – was gerade für die Entwicklung und Verwendung neuartiger Technologien von größerer Bedeutung ist.<sup>49</sup> Die EU selbst bewirbt das Vorhaben unter dem Titel „Shaping Europe’s digital future“ mit den Worten:

„The proposal is the first of a set of measures announced in the 2020 European strategy for data. The instrument aims to foster the availability of data for use by increasing trust in data intermediaries and by strengthening data-sharing mechanisms across the EU.“

In der Sache geht es einmal mehr um die Verwirklichung des „echten“ digitalen Binnenmarktes im Zuge der europäischen Datenstrategie durch vier ganz konkrete Schritte, die durch Schaffung eines harmonisierten Regelungsrahmens innerhalb der EU-Mitgliedstaaten zu einem Mehr an Datenaltruismus und einem „shift“ von „closed data“ zu „shared data“ führen sollen:

- So sollen bereits vorhandene Daten des öffentlichen Sektors zur Weiterverwendung bereitgestellt werden (sog. Sekundärnutzung), auch – und das ist zentral – wenn sie den Rechten anderer unterliegen. Hierin liegt der zentrale Unterschied zur Richtlinie (EU) 2019/1024 und dem Datennutzungsgesetz, das auf die Nutzung von Daten zugeschnitten ist, die eben keinen Rechten Dritter unterliegen, wie der sachliche Anwendungsbereich des Datennutzungsgesetzes in § 2 Abs. 3 DNG-E klarstellt.<sup>50</sup> Rechte Dritter liegen vor allem dann vor, wenn die Daten besonderen Datenschutzvorschriften (etwa solchen der DS-GVO) unterliegen, oder aber bei Daten, die Vorschriften des geistigen Eigentums oder des Geschäftsgeheimnisschutzes unterliegen. Insoweit wird allerdings auch in den Data Governance Act eine „Unberührtheitsklausel“ aufgenommen (Art. 1 Abs. 2), die sicherstellen soll, dass all diese Bestimmungen hierdurch nicht ausgehebelt werden, zugleich aber auch eine Weiterverwendung der Daten von vornherein ausgeschlossen ist.<sup>51</sup> Insgesamt ist die

---

<sup>46</sup> COM (2020) 767 final; 2020/0340 (COD).

<sup>47</sup> Die Kommission selbst spricht von einer Ergänzung der RL (EU) 2019/1024, COM (2020) 767 final, S. 1.

<sup>48</sup> COM (2020) 767 final, S. 1.

<sup>49</sup> So etwa Steinrötter (2020b), S. 272ff. sowie jüngst Steinrötter (2021) zum Thema Datenaltruismus.

<sup>50</sup> § 2 Abs. 3 DNG-E: „Dieses Gesetz gilt nicht für 1. Daten,  
a) an denen kein oder ein eingeschränktes Zugangsrecht besteht; eine Einschränkung liegt insbesondere vor, wenn der Zugang nur bei Nachweis eines rechtlichen oder berechtigten Interesses besteht,  
b) die aus Gründen des Schutzes personenbezogener Daten nicht oder nur eingeschränkt zugänglich sind,  
c) die geistiges Eigentum Dritter betreffen,  
d) soweit der Schutz von Geschäftsgeheimnissen entgegensteht [...]“.

<sup>51</sup> Siehe hierzu auch die Präambel 11: „Abhängig vom jeweiligen Fall sollten personenbezogene Daten vor ihrer Übermittlung vollständig anonymisiert werden, sodass definitiv ausgeschlossen ist, dass die Betroffenen identifiziert werden können, oder Daten, die vertrauliche Geschäftsinformationen enthalten, so verändert werden, dass keine vertraulichen Informationen offengelegt werden.“

Zielrichtung des Data Governance Act darin zu sehen, dass einheitliche Bereitstellungsregeln in der EU geschaffen werden, ohne jedoch zugleich ein subjektives Datenzugangsrecht des Einzelnen zu begründen.

- Aber nicht nur Daten des öffentlichen, sondern auch des privaten Sektors werden in einem zweiten Schritt erfasst: So sollen Unternehmen die gemeinsame Datennutzung ermöglichen, ohne dass eine Pflicht hierzu bestünde. Um ihnen einen Anreiz zu setzen, soll gemeinsame Datennutzung nur „gegen Entgelt“ möglich sein. Die Höhe des Entgelts wird voraussichtlich die entscheidende Stellschraube sein, um innerhalb eines datengetriebenen Binnenmarktes überhaupt Unternehmen dazu bewegen zu können, wichtige Daten (etwa Geschäftsgeheimnisse) mit anderen Unternehmen zu teilen. Dass dies allerdings auch kein völlig utopisches Ziel ist, zeigen Beispiele aus der jüngeren Vergangenheit, wenn man etwa an die Kooperation zwischen BMW, Daimler und LINDE zur Entwicklung wasserstoffbetriebener Pkws denkt.
- Auch personenbezogene (und damit von der DS-GVO besonders geschützte) Daten sollen in einem dritten Schritt besser nutzbar gemacht werden. Um dieses Ziel zu erreichen, sollen Datentreuhänder<sup>52</sup> bzw. Datenmittler (in der Literatur zuweilen als Datenintermediäre bezeichnet) eingesetzt werden, die auf die Einhaltung des Datenschutzes (bei personenbezogenen Daten) und die Wahrung sonstiger (Daten-)Rechte (bei nicht-personenbezogenen Daten wie etwa Geschäftsgeheimnissen) achten und auf diese Weise das Vertrauen der beteiligten Akteure in die Bereitstellung sowie gemeinsame Nutzung der personenbezogenen Daten erhöhen.
- Zuletzt soll die Nutzung von Daten aus rein altruistischen (und damit regelmäßig freiwilligen) Gründen quantitativ und qualitativ angehoben werden (Thematik der sogenannten Datenspenden<sup>53</sup>), wohl weil der Verordnungsgeber hier davon ausgeht, dass ein geringeres Gefahrenpotenzial besteht und daher auch tendenziell weniger strenge Vorgaben ausreichend sind. Dem liegt wohl der Gedanke zugrunde, dass es regelmäßig nicht um die Erhebung neuer, sondern vielmehr um die Weiterverarbeitung bereits vorhandener Daten gehen wird, also wiederum ein Fall der Sekundärnutzung vorliegt, sodass letztlich allein die darin liegende Zweckänderung privilegiert wird. Um dieses Ziel zu erreichen, soll unter anderem ein Europäischer Dateninnovationsrat installiert werden, der durch Behörden der Mitgliedstaaten unterstützt wird; wichtiger aber ist die Schaffung sektorspezifischer Einrichtungen (data-sharing provider), die freiwillig und altruistisch bereitgestellte Daten sammeln und aufbereiten.

Ein wesentlicher Unterschied zur Datenallmende, die dem Grunde nach eine ganz ähnliche Zielrichtung verfolgt, liegt unter anderem darin, dass für Unternehmen keine Offenlegungspflichten bestehen sollen, sondern ihnen mittels Entgelt lediglich ein monetärer Anreiz gesetzt wird, ohne dass sie zur gemeinsamen Datennutzung (etwa zusammen mit Mitkonkurrenten) verpflichtet wären. Die Bevorzugung dieses Anreizsystems ist wohl darauf zurückzuführen, dass Unternehmen Daten – anders als die meisten öffentlichen Einrichtungen – kommerziell nutzen, sodass hier vorsichtiger agiert werden muss. Hinzu tritt, dass über die Unberührtheitsklausel letztlich der Know-How-Schutz, aber auch der Datenschutz selbst datenaltruistischen Zwecken entgegenstehen kann, weshalb der bisherige Entwurf des Data Governance Act wohl nicht allzu stark zu Verwirklichung der von der EU

---

<sup>52</sup> Siehe dazu auch grundlegend Kühling (2021).

<sup>53</sup> Siehe hierzu das Gutachten der Datenethikkommission (2019), S. 124f.

selbst gesetzten Innovationsziele im digitalen Binnenmarkt beitragen dürfte.<sup>54</sup> Ob und inwieweit die Datenallmende hier weitergehen sollte, ist Gegenstand der weiteren Ausführungen.

### 3.2.4 Bereits aktuell bestehende Offenlegungspflichten und -erleichterungen

Neben diesen geplanten (vor allem von der EU vorangetriebenen) Vorhaben, die allesamt dem Ziel dienen, neuen Marktasymmetrien auf dem digitalen Markt entgegenzutreten, existieren aber bereits *de lege lata* sektorspezifische Offenlegungspflichten und -erleichterungen, die zwar eine andere Stoßrichtung haben, sich aber auch auf Daten beziehen.<sup>55</sup> Zu nennen sind insoweit:

- Ganz allgemein § 1 Informationsfreiheitsgesetz (IFG): Jeder Bürger hat danach Anspruch auf Zugang zu amtlichen Informationen gegenüber Behörden des Bundes; die Informationsfreiheitsgesetze der Länder vollziehen dies für Landesbehörden nach. Beispielhaft genannt sei § 4 Abs. 1 IFG NRW. Allerdings folgt aus diesen Ansprüchen – und das ist die ganz klare Grenze – kein Recht auf Verwertung der so erlangten Informationen bzw. Daten.
- § 5 Urheberrechtsgesetz (UrhG) stellt klar, dass Handlungen aller staatlichen Stellen grundsätzlich keinen Urheberrechtsschutz genießen, regelt aber keine Offenlegungspflicht.
- § 60d UrhG regelt einen Anspruch auf Zugang zu urheberrechtlich geschützten Werken für Forschungszwecke; flankiert durch § 55a UrhG für die Benutzung von Datenbankwerken.

Besonderheiten weisen insoweit die kartellrechtlichen Vorgaben auf, die private Unternehmen mit einer besonderen Bedeutung für die relevanten Märkte adressieren, weil sie über eine besondere Marktmacht verfügen. Sie sollen daher im folgenden Abschnitt näher analysiert werden.

### 3.2.5 Ein mögliches Beispiel sektoraler Regelung: § 3a Personenbeförderungsgesetz-E und der Datenzugang im Verkehrssektor

Der Entwurf eines Gesetzes zur Modernisierung des Personenbeförderungsrechts, der Anfang 2021 über die Fraktionen von CDU/CSU und SPD in den Bundestag eingebracht und dort beschlossen wurde,<sup>56</sup> und dem der Bundesrat erst kürzlich zugestimmt hat,<sup>57</sup> führt unter anderem die neuen §§ 3a, 3b und 3c in das Personenbeförderungsgesetz ein. Als mögliches Vorbild einer sektoralen Regelung kann § 3a PBefG-E dienen, der die Bereitstellung von Mobilitätsdaten regelt. Es lohnt ein Blick auch auf diese Regelungen, um mögliche Modelle gesetzgeberischen Handelns zu identifizieren:

#### „§ 3a: Bereitstellung von Mobilitätsdaten

(1) Der Unternehmer und der Vermittler sind verpflichtet, die folgenden statischen und dynamischen Daten sowie die entsprechenden Metadaten [...] bereitzustellen:

1. Daten im Zusammenhang mit der Beförderung von Personen im Linienverkehr:

a) Name und Kontaktdaten des Anbieters, Fahrpläne, Routen, Preise oder Tarifstruktur, Buchungs- und Bezahlungsmöglichkeiten sowie Daten zur Barrierefreiheit und zum Umweltstandard der eingesetzten Fahrzeuge;

b) [...]

---

<sup>54</sup> Sehr kritisch deshalb Weil (2020); ebenfalls angesichts dessen eher zurückhaltend Steinrötter (2021), S. 61.

<sup>55</sup> Siehe die ausführliche Darstellung bei Kilian et al. (2020), Kap. 20.5 Rn, S. 44ff.

<sup>56</sup> Bundestags-Drucksache 19/26175. Zum Referentenentwurf bereits grundlegend Kühling (2021), S. 3.

<sup>57</sup> Bundesrats-Drucksache 200/21.

2. Daten im Zusammenhang mit der Beförderung von Personen im Gelegenheitsverkehr:

a) Name und Kontaktdaten des Anbieters, Bediengebiet und -zeiten, Standorte und Stationen einschließlich ihrer Anzahl, Preise, Buchungs- und Bezahlungsmöglichkeiten, Daten zur Barrierefreiheit sowie zum Umweltstandard der eingesetzten Fahrzeuge;

b) [...]

(2) Die Bereitstellung der in Absatz 1 Nummer 1 Buchstabe a und c sowie in Nummer 2 Buchstabe a genannten Daten hat einmalig zu erfolgen. Die Bereitstellung der in Absatz 1 Nummer 1 Buchstabe b und d und Nummer 2 Buchstabe b genannten Daten hat fortlaufend in Echtzeit zu erfolgen. Die Daten sind in einem maschinenlesbaren Format bereitzustellen. Näheres bestimmt die nach § 57 Absatz 1 Nummer 12 zu erlassende Rechtsverordnung. [...]

(3) Natürliche oder juristische Personen, die als Einzelunternehmer firmieren, sind von der Bereitstellungspflicht nach Absatz 1 ausgenommen. Die freiwillige Bereitstellung von Daten nach Absatz 1 bleibt hiervon unberührt.

(4) Unternehmer und Vermittler können sich bei der Erfüllung ihrer Bereitstellungspflicht eines Erfüllungsgehilfen bedienen.“

Danach sind Unternehmen, die Beförderungsleistungen anbieten oder vermitteln, verpflichtet, statische und dynamische Mobilitätsdaten sowie die entsprechenden Metadaten über den Nationalen Zugangspunkt (National Access Point, kurz NAP<sup>58</sup>), eine von der Delegierten Verordnung (EU) 2017/1926 vorgesehene Datendrehscheibe, bereitzustellen. Auf diese Weise sollen gleich vier Zwecksetzungen erreicht werden: Zunächst soll durch die Bereitstellung eine effektivere Kontrolle des (reformierten) Personenbeförderungsgesetzes ermöglicht werden. Des Weiteren soll ein fairer Wettbewerb zwischen den verschiedenen Verkehrsformen (insbesondere Linien- und Bedarfsverkehr) sichergestellt werden. Außerdem soll reflexiv über die Bereitstellung der genannten Mobilitätsdaten die effizientere und vor allem klimafreundlichere Gestaltung des Verkehrs ermöglicht werden. Und nicht zuletzt sollen die bereitgestellten Daten die Entwicklung datenbasierter Mobilitätsdienste weiter vorantreiben.<sup>59</sup>

Die Regelung enthält wichtige Anhaltspunkte für die Schaffung einer Datenallmende: So werden zunächst ausschließlich Unternehmer adressiert, die Beförderungsleistungen anbieten oder vermitteln. Sie sollen nach § 3a Abs. 1 Nr. 1 a) PBefG-E (bei Linienverkehr) bzw. § 3a Abs. 1 Nr. 2 lit. a) PBefG-E (bei Gelegenheitsverkehr) insbesondere Name und Kontaktdaten des jeweiligen Anbieters bereitstellen, können sich hierbei nach § 3a Abs. 4 PBefG-E aber – wie in modernen Wirtschaftsstrukturen üblich – auch eines Erfüllungsgehilfen bedienen. Zentral ist § 3a Abs. 3 PBefG-E, der Personen von der Bereitstellungspflicht ausnimmt, die als Einzelunternehmer firmieren, also keine eigenen Mitarbeiter haben oder solo-selbständig sind, denn für sie würde die Bereitstellung schlicht einen unverhältnismäßigen Aufwand bedeuten. Das ist die erste wichtige Wertung, die der Bestimmung entnommen werden kann. Aber auch § 3a Abs. 2 S. 3 PBefG-E ist von Bedeutung, da er die Art und Weise der Datenbereitstellung regelt und die für das digitale Zeitalter (und den NAP ohnehin) so wichtige, maschinenlesbare Form vorschreibt. Ebenso wie auch für das Datennutzungsgesetz bzw. die §§ 12, 12a E-Government-Gesetz ist die Maschinenlesbarkeit also ein zentraler Schritt auf dem Weg zur finalen Bereitstellung.

---

<sup>58</sup> Als NAP fungiert in Deutschland der von der Bundesanstalt für Straßenwesen betriebene Mobilitätsdatenmarktplatz, kurz MDM.

<sup>59</sup> Bundestags-Drucksache 19/26175, S. 38f.

Weiterhin legt § 3a PBefG-E Wert auf den Datenschutz. Dies ergibt sich vordergründig aus § 3a Abs. 2 S. 4 PBefG-E, der die Art und Weise der Datenbereitstellung nicht selbst festlegt, sondern auf die (über die Ermächtigung in § 57 Abs. 1 Nr. 12 PBefG-E zu erlassende) Rechtsverordnung verweist, die wiederum der Gesetzesbegründung zufolge die datenschutzkonforme und datensichere Ausgestaltung der Datenbereitstellung festlegen soll.<sup>60</sup> Noch stärker aber ergibt sich die Vorsicht des Gesetzgebers im Umgang mit dem Thema Datenschutz aus dem systematischen Zusammenhang, vor allem aus § 3b PBefG-E, der unter anderem die datenschutzrechtliche Verantwortlichkeit des NAP festlegt. Wird ein Antrag auf Bereitstellung der Mobilitätsdaten gestellt, legitimiert § 3b Abs. 1 PBefG-E daraufhin die Übermittlung, unterscheidet aber zwischen den verschiedenen Datenarten nach § 3a PBefG-E. Die Fokussierung auf den Datenschutz kommt etwa in § 3b Abs. 1 Nr. 3 Hs. 2 PBefG-E zum Ausdruck, der für bestimmte Daten eine Ausnahme von der Bereitstellungspflicht vorsieht, für den Fall, dass

„[...] auf Grund der besonderen Umstände des Einzelfalls die Gefahr besteht, dass mit diesen Daten Bewegungen oder Standorte individualisierbarer Personen nachvollzogen werden können und diese Personen nicht in die Übermittlung eingewilligt haben.“

Damit trägt der Gesetzentwurf der Gefahr Rechnung, dass bestimmte Mobilitätsdaten Bewegungs- und Standort preisgeben können, die natürlichen Personen zugeordnet werden können und daher zu personenbezogenen Daten im Sinne von Art. 4 Nr. 1 DS-GVO avancieren. Diese Begrenzung greift indes – anders als etwa beim Datennutzungsgesetz – nicht bereits auf der ersten Ebene der Bereitstellungspflicht der Unternehmen ein, sondern erst auf der zweiten Ebene bei der Publikation der bereitgestellten Daten durch den NAP gegenüber Empfängern, die auf die Daten zugreifen wollen. Auch werden, anders als beim Datennutzungsgesetz bzw. dem E-Government-Gesetz, personenbezogene Daten nicht von vornherein vom Anwendungsbereich ausgeschlossen; ebenso wenig bedarf es zwingend einer Anonymisierung. Eine Pflicht zur Anonymisierung personenbezogener Daten gilt nach § 3b Abs. 2 PBefG-E nur gegenüber den Bundesministerien bzw. von ihnen in Auftrag gegebenen, wissenschaftlichen Studien sowie gegenüber Ländern und Kommunen mit Blick auf hoheitliche Aufgaben, wobei die Bereitstellung in diesem Fall trotz dieser Anonymisierungspflicht noch unter dem Vorbehalt der *Erforderlichkeit* steht. Eine Anonymisierung wird hier seitens des Gesetzgebers für sinnvoll erachtet; da

„nicht ersichtlich ist, dass diese Verwendung Kenntnisse über die konkrete Person des Beförderers erfordert, sind die vorgenannten Daten grundsätzlich nur in anonymisierter Form an den Verwender bereitzustellen.“

Aber noch ein weiterer Unterschied zum Datennutzungsgesetz lässt sich erkennen: Empfänger, die einen Antrag auf Bereitstellung der Daten an den NAP stellen, müssen dem NAP die Zwecke offenbaren. Die Gesetzesbegründung fasst den Grund hierfür treffend zusammen:

„§ 3b Absatz 1 legt fest, dass der NAP die Daten nur auf Anfrage übermittelt. Dies ist wichtig, um seiner Verantwortung als datenschutzrechtlich verantwortliche Stelle für die Rechtmäßigkeit der Übermittlung personenbezogener Daten gerecht werden zu können, da der NAP nur so Kenntnis darüber hat, wofür die Daten verwendet werden sollen. Ferner beschreibt [...] Absatz 1, was die Datenbereitstellung über den NAP konkret bezweckt: Da dem NAP lediglich die Aufgabe einer technischen Datendrehscheibe zugewiesen ist, erfolgt die Bereitstellung von Daten nicht für eigene Zwecke des NAP. Die eigentliche

---

<sup>60</sup> Bundestags-Drucksache 19/26175, S. 40.

Zweckbestimmung für die Bereitstellung der in § 3a Absatz 1 bezeichneten Daten ergibt sich erst durch Hinzunahme der von der Datenbereitstellung [...] profitierenden Stellen.“<sup>61</sup>

Allein aus der Funktion des NAP bzw. MDM als Datendrehscheibe erklärt sich die Besonderheit, dass die Zwecksetzung der Datenbereitstellung erst durch die hierauf zugreifenden Empfänger festgelegt wird und daher eine Zweckbewertung vorab stattfinden muss – anders, als es auch allgemeinen Rechtsakten zur Datenoffenlegung bekannt ist.

§ 3c PBefG-E rundet zuletzt die neuen Bereitstellungsvorschriften im PBefG-E ab und sieht spezifische Löschrufen für den NAP sowie Behörden vor, wobei die Gesetzesbegründung die häufig nicht auszuschließende Verknüpfung von Mobilitätsdaten und personenbezogenen Daten abermals unterstreicht und angesichts dieser Erkenntnis im Einklang mit Art. 17 Abs. 1 DS-GVO Löschpflichten statuiert:

„Bei den nach § 3a Absatz 1 Nummer 1 Buchstabe a) und Absatz 1 Nummer 2 Buchstabe 2 a) zu übermittelnden Adressdaten kann ein solcher Personenbezug nicht ausgeschlossen werden [...]. Das gleiche gilt für die Übermittlung von standortbezogenen Echtzeitdaten nach § 3a Absatz 1 Nummer 2 Buchstabe b).“<sup>62</sup>

Es lässt sich also erkennen: § 3a PBefG-E sowie die damit in Zusammenhang stehenden §§ 3b und 3c PBefG-E geben hilfreiche Hinweise für eine mögliche Regelung der Datenallmende, etwa was Maschinenlesbarkeit und Bereitstellungsverfahren anbelangt, tragen aber auch bestimmten Spezifika des Verkehrssektors Rechnung, die sich nicht leicht auf andere Bereiche übertragen lassen, insbesondere im Umgang mit dem Datenschutz.

### 3.2.6 **Datenschutz für Forschungsvorhaben insbesondere mit Sozialdaten**

Als Gegenfolie zu diesen Entwicklungen hin zu mehr Datenteilung bietet es sich an, auf die tendenziell strikten Regelungen des Datenschutzes für Forschungsvorhaben mit Sozialdaten zu blicken. Der Deutsche Ethikrat hat einen Stein ins Wasser geworfen, als er sich eben dieser Thematik angenommen hat. In seiner Stellungnahme „Big Data und Gesundheit – Datensouveränität als informationelle Freiheitsgestaltung“ machte er im Jahr 2017 Vorschläge zur Anpassung des Rechtsrahmens von Big-Data-Anwendungen im Bereich des Sozialdatenschutzes.<sup>63</sup> Diese bleiben holzschnittartig, haben aber dennoch eine klare Zielrichtung: Mehr Anwendungen sollen ermöglicht werden im Dienst besserer Gesundheitsversorgung und -forschung, solange die „Datensouveränität“ der betroffenen Personen gewahrt bleibt. Insbesondere die Einwilligung und die (der Formulierung nach eher eigentumsrechtlich gedachte) Datenspende treten in den Blick des Rates.

Dessen Position trifft sich mit der Meinung anderer.<sup>64</sup> Die Frage nach den Grenzen des Datenschutzes im Zusammenhang etwa mit Big-Data-Anwendungen wird in der Fachliteratur vereinzelt bereits diskutiert,<sup>65</sup> die Bundesärztekammer beklagt die Behinderung medizinischer Forschung.<sup>66</sup>

---

<sup>61</sup> Bundestags-Drucksache 19/26175, S. 40.

<sup>62</sup> Bundestags-Drucksache 19/26175, S. 41.

<sup>63</sup> Deutscher Ethikrat (2017).

<sup>64</sup> Siehe etwa Spindler (2016), S. 691. Nur zu Gesundheitsdaten, nicht zu Sozialdaten äußern sich Becker/Schwab (2015), S. 15; siehe auch zustimmend in den Zielen, kritisch zu den vagen und problematischen Instrumenten Kühling (2020), S. 182.

<sup>65</sup> So bereits Brus/Schwab (2014), S. 171, unter dem treffenden Titel „Medizinische Einsatzmöglichkeiten von Big Data oder Big Data im Gesundheitswesen – am Datenschutz erkrankt?“, siehe aus jüngerer Zeit Hoidn/Roßnagel (2018), S. 487; Kühnl et al. (2018), S. 735.

<sup>66</sup> Siehe Montgomery, Bundesärztekammer, in der Ärztezeitung vom 09.05.2017: „Datenschutz darf kein Vorwand werden, um Forschung zu behindern.“

Blickt man auf den Status quo, so werden auch hier klare Grenzlinien der Gestaltbarkeit und auch des Gestaltungswillens offenbar. Zentral ist es, dass gemäß §§ 303a ff. SGB V die Abrechnungsdaten von ca. 70 Millionen Versicherten der Gesetzlichen Krankenversicherungen prinzipiell der Forschung zur Verfügung stehen. Die Regelungen wurden unlängst durch das Patienten-Datenschutz-Gesetz (PDSG) neu formuliert und erhielten dabei Lob wie Tadel.<sup>67</sup> Zum Bild gehört aber auch: „Sozialdaten sind zu anonymisieren“ lautet § 287 Abs. 2 SGB V für Forschungsvorhaben der Krankenkassen. Und § 75 Abs. 3 SGB X schreibt für die Übermittlung von Sozialdaten für die Forschung und Planung vor, dass diese zu anonymisieren sind, sobald dies nach dem Forschungszweck möglich ist.

Legislative Handlungsoptionen bestehen dabei nur im unionsrechtlich vorgegebenen Rahmen. Doch dieser ist nicht leicht zu bestimmen, liegen hier doch Sozialdatenschutz und allgemeiner Datenschutz eng beieinander. Dies erschwert ein Handeln. Wollte man weitere Schritte gehen, so wären insbesondere folgende Fragen zu beantworten:

- den Grenzen des Sozialdatenschutzes nach dem SGB V und SGB X (insbesondere in der Interpretation der Aufsicht);
- dem Verhältnis des Sozialdatenschutzes zum allgemeinen Datenschutz der DS-GVO, der neben die Regelungen des SGB tritt;
- einer Kategorisierung der Fülle möglicher Interessen, die im Rahmen von Offenlegungspflichten eine Rolle spielen: Gemeinwohl, Versichertenwohl oder bloßes Interesse eines einzelnen Unternehmens;
- dem, was konkret aus den Grundsätzen der Datensparsamkeit und der Zweckbindung folgt;
- den Grenzen der Einwilligung als Rechtsgrundlage der Datenverarbeitung, wobei geklärt werden muss, was erforderlich ist, damit von echter „Datensouveränität“ gesprochen werden kann;<sup>68</sup>

Dies fordert der Sache nach insbesondere auch der Sachverständigenrat zur Begutachtung der Entwicklung im Gesundheitswesen in seinem jüngsten Gutachten „Digitalisierung für Gesundheit“ aus dem Jahr 2021:

„Auf bundesgesetzlicher Grundlage ist bislang (Redaktionsschluss Dezember 2020) nur ein Teil der Abrechnungs-, Struktur- und Leistungsdaten, die im Rahmen der ambulanten und stationären Versorgung erhoben werden, für die Forschung nutzbar.“<sup>69</sup>

Er beschreibt dann ausführlich – und so bislang nicht geschehen – die bisherigen Nutzungsmöglichkeiten, die fragmentarisch und elektiv sind. Sie sind – nicht nur seiner Sichtung nach – unzureichend, und so fordert er unter anderem:

„Um gesundheitsbezogene Daten von Patientinnen und Patienten für eine auf das individuelle und kollektive Patientenwohl zielende Forschung ohne Einwilligungs-erfordernis nutzen zu können, sollte eine gesetzliche Befugnisnorm gemäß § 9 Abs. 2 EU-Datenschutzgrundverordnung geschaffen werden. Sofern dies politisch nicht durchsetzbar sein sollte, wäre als Standardeinstellung für die ePA eine Bereitstellung der Versorgungsdaten für die Sekundärnutzung, verbunden mit einer Information hierzu, vorzusehen. Die Wahlmöglichkeiten sowohl zur Anlage der ePA als auch zur Bereitstellung für Sekundärnutzung sollten möglichst einfach und niederschwellig ausgestaltet sein.

---

<sup>67</sup> Exemplarisch: Weichert (2020), S. 539; Platzer (2020), S. 289; Kühling/Schildbach (2020), S. 41.

<sup>68</sup> Exemplarisch ist die Problematik aufgeklärt bei Krüger (2016), S. 190.

<sup>69</sup> SVR Gesundheit (2021), S. 203.

Sowohl bei der Anlage der ePA als auch hinsichtlich der Entscheidung über eine Freigabe von ePA - Daten zu Forschungszwecken sollte also anstelle des derzeitigen Opt-in-Verfahrens ein Opt-out-Verfahren implementiert werden. Nur so kann ein weitgehend repräsentatives Abbild des Versorgungsgeschehens erreicht werden.“<sup>70</sup>

Bis dahin scheint es politisch ein weiter Weg, und es wäre ein steiniger Weg, beachtet man die – aus guten Gründen – engen Grenzen des Sozialdatenschutzes. Klar wird: Es kann sich nur um anonymisierte Daten handeln. Die Möglichkeit der Anonymisierung – die durchgehend in allen vom Sachverständigenrat aufgelisteten Regelungen eingehalten wird – müsste jedoch rechtssicherer festgeschrieben werden<sup>71</sup>.

Der Gestaltungsfreiraum kann dabei vom deutschen Gesetzgeber selbst beeinflusst werden. Dies nicht nur dadurch, dass er den Sozialdatenschutz modifiziert, sondern auch und vor allem dadurch, dass er neue Aufgaben der Krankenkassen definiert. Voraussetzung für die Anwendbarkeit des Sozialdatenschutzes ist die Verarbeitung von Sozialdaten (§ 284 Abs. 1 SGB V: „Die Krankenkassen dürfen Sozialdaten für Zwecke der Krankenversicherung nur erheben und speichern, soweit [...]“). Die allgemeine Begriffsdefinition der Sozialdaten findet sich in § 67 Abs. 2 S. 1 SGB X. Danach sind Sozialdaten „personenbezogene Daten (Art. 4 Nummer 1 der Verordnung (EU) 2016/679), die von einer in § 35 des Ersten Buches genannten Stelle „im Hinblick auf ihre Aufgaben in diesem Gesetzbuch verarbeitet werden“. Es kommt also maßgeblich darauf an, dass die Krankenkassen die erlangten oder weitergegebenen Daten „*im Hinblick auf ihre Aufgaben in diesem Gesetzbuch*“ verarbeiten. Darunter ist eine sozialrechtliche Aufgabenerfüllung zu verstehen, also jede Aufgabe, die sich aus dem Sozialgesetzbuch selbst ergibt und deshalb wahrgenommen wird<sup>72</sup> – andere Aufgaben scheiden aus, selbst dann, wenn sie von Krankenkassen erfüllt werden. Andersherum greift der Sozialdatenschutz des SGB ein, wenn Sozialdaten vorliegen und damit eine Verarbeitung für Zwecke der Krankenversicherung gegeben ist.

Wird eine Aufgabe der Krankenkassen neu definiert, kann dies zu europarechtlichen Freiräumen führen, denn (nur!) hierfür besteht eine Öffnungsklausel für abschließendes nationales Recht im Hinblick auf Art. 6 Abs. 1 lit. e) DS-GVO. Im Rahmen des allgemeinen Datenschutzrechts – also auch im Rahmen des Art. 6 Abs. 1 lit. f) DS-GVO – gilt der uneingeschränkte Vorrang europäischen Rechts.<sup>73</sup> Das zeigt sich nicht zuletzt auch an Art. 6 Abs. 1 S. 2 DS-GVO: „Unterabsatz 1 Buchstabe f gilt nicht für die von Behörden in Erfüllung ihrer Aufgaben vorgenommene Verarbeitung.“ Erwägungsgrund 47 S. 5 erklärt dies damit, dass es der (nationalen) Legislative obliegen solle, Datenverarbeitungen durch Behörden per Gesetz zu regeln. Anderenfalls könne der Gesetzesvorbehalt zu leicht untergraben werden, könnten sich Behörden bei ihrer Aufgabenwahrnehmung auf die Interessenabwägung des Art. 6 Abs. 1 lit. f) DS-GVO stützen.<sup>74</sup> Eine nationale Gesetzgebung wäre hier also kaum möglich, strebt die DS-GVO doch in noch höherem Maße als die vorherige Datenschutzrichtlinie 95/46/EG<sup>75</sup> nach einer Vereinheitlichung des

---

<sup>70</sup> SVR Gesundheit (2021), S. 249.

<sup>71</sup> Siehe Kühling/Schildbach (2020), S. 43: „Insgesamt gibt die DS-GVO dem nationalen Gesetzgeber hier also einen weiten Spielraum. Komplex gestaltet sich jedoch – wie so oft im Datenschutzrecht – die Abgrenzung von personenbezogenen zu anonymen Daten.“

<sup>72</sup> Siehe BeckOK-SozialR/Westphal (2018), § 67 SGB X, Rn. 9.

<sup>73</sup> Hierzu ausführlich Thüsing/Rombey (2019), S. 15ff.

<sup>74</sup> Siehe BeckOK-DatenschutzR/Albers/Veit (2018), Art. 6 DS-GVO, Rn. 46.

<sup>75</sup> Auch wenn die Datenschutzrichtlinie 95/46/EG freilich nach dem EuGH bereits grundsätzlich eine Vollharmonisierung anstrebte: EuGH, Urteil vom 24.11.2011 – C-468/10, C-469/10, EuZW 2012, 37 (ASNEF).



europäischen Datenschutzniveaus. Diese Harmonisierungswirkung hat auch der nationale Gesetzgeber unlängst zur Kenntnis genommen.<sup>76</sup>

Kurzum: Es ist möglich, die Änderung von Normen außerhalb des Sozialdatenschutzes vorzuschlagen, und damit zugleich reflexiv den Sozialdatenschutz neu zu formulieren.<sup>77</sup> Eine Erweiterung der gesetzlichen Aufgabenzuweisung der Krankenkassen führt zu einer gleichzeitigen Erweiterung des Sozialdatenschutzes und ist auf Grund allein notwendiger, nationaler Gesetzesänderungen ein deutlich leichter zu realisierender Weg als eine Änderung europäischen Sekundärrechts. Digitalisierung des Gesundheitswesens heißt Digitalisierung des Sozialdatenschutzes.<sup>78</sup>

### 3.2.7 Die rechtswissenschaftliche Diskussion zur Datenallmende

Soweit ersichtlich setzen sich im juristischen Schrifttum bislang im Verhältnis zu den immensen Auswirkungen auf den digitalen Binnenmarkt und das gesellschaftliche Datenverhalten insgesamt nur vergleichsweise wenige Stimmen mit den Fragen des Datenaltruismus im Allgemeinen sowie noch weniger Stimmen mit Fragen der Datenallmende im Besonderen auseinander. Dies mag unter anderem daran liegen, dass das Dickicht an Rechtsakten, die derzeit auf europäischer und nationaler Ebene gleichzeitig forciert werden, nur noch von wenigen Experten überblickt werden kann.<sup>79</sup> Die Stellungnahmen, die vorliegen, betonen die Chancen eines „free flow of shared data“, sehen aber auch die vielfältigen Risiken, die hierbei bestehen: sowohl für den Wirtschaftsstandort Deutschland respektive Europa insgesamt als auch für die hinter den Daten stehenden Datensubjekte.<sup>80</sup> Zu den wichtigsten Stimmen zählen folgende:

- Kornmeier/Baranowski (2019) ordnen die Datenallmende als rechtlichen Lösungsansatz ein, der neben die Einführung eines Zugangs zu Daten oder ein kommerzielles Anreizsystem zur Offenlegung der Daten trete und bewerten diesen positiv. Schaffe man einheitliche Standards und neue Marktbedingungen, könne eine Basis für eine (vielleicht sogar unentgeltliche) gemeinsame Datennutzung geschaffen werden. Konkret schlagen sie ein Open-Data-System vor, in dem etwa die Quellcodes von Softwareprogrammen gesammelt und für eine breitere Nutzung aufbereitet bzw. zur Verfügung gestellt werden können.<sup>81</sup> Zu Datenoffenlegungspflichten äußern sie sich indes nicht.
- Schweitzer (2019) dagegen beschäftigt sich explizit mit Datenoffenlegungspflichten zur Verwirklichung der Datenallmende und sieht sie tendenziell eher kritisch: Die Autorin weist auf das aus ihrer Sicht bestehende Paradoxon hin, dass Datenoffenlegungspflichten und die Datenallmende als solche zwar stets mit dem Argument der Stärkung des Wettbewerbs begründet werden, ein ausgewogener Wettbewerb aber gleichsam nur unter sorgfältiger Begrenzung des Informationszugangs denkbar sei. Datenschutz, Geschäftsgeheimnisschutz

---

<sup>76</sup> Bundestags-Drucksache 18/11325, S. 1: „Ziel der Verordnung (EU) 2016/679 ist ein gleichwertiges Schutzniveau für die Rechte und Freiheiten von natürlichen Personen bei der Verarbeitung von Daten in allen Mitgliedstaaten (Erwägungsgrund 10). Der Unionsgesetzgeber hat sich für die Handlungsform einer Verordnung entschieden, damit innerhalb der Union ein gleichmäßiges Datenschutzniveau für natürliche Personen gewährleistet ist (Erwägungsgrund 13).“

<sup>77</sup> Thüsing/Rombey (2019), S. 18ff.

<sup>78</sup> Mit der Digitalisierung des Sozialdatenschutzes beschäftigte sich unter anderem auch die 50. Richterwoche des Bundessozialgerichts. Siehe dazu den Bericht von Bindig/Löcken (2018), S. 939; interessant ist insbesondere die Differenzierung zwischen drei verschiedenen Typen digitaler Datenverarbeitung: Digitale Datenorganisation, algorithmenbasierte Datenkorrelation und künstliche Intelligenz.

<sup>79</sup> Einen guten Überblick gibt Steinrötter (2021); siehe auch den instruktiven Beitrag von Steinrötter (2020a), S. 491.

<sup>80</sup> Zur „informationellen Allmende“ für die Medienwirtschaft instruktiv von Lewinski (2020), S. 277ff.

<sup>81</sup> Kornmeier/Baranowski (2019), S. 1225.

und geistiger Eigentumsschutz hätten durchaus ihre Berechtigung und dürften nicht unterlaufen werden. Überdies müsse man berücksichtigen, dass Daten nicht immer und damit nicht notwendigerweise der Ausgangspunkt von Innovation seien, sondern häufig nach erheblichen Investitionen erst ihr Ergebnis, das man nicht immer mit anderen teilen wolle.<sup>82</sup>

- Auch Wischmeyer /Herzog (2020) betonen eher die Risiken von Datenoffenlegungspflichten bzw. der Datenallmende und wollen ihre Notwendigkeit auf wenige Ausnahme-konstellationen begrenzt wissen, auch wenn sie Datenoffenlegungspflichten für den Datenzugang dann als verfassungskonform qualifizieren. Sie gehen in der Sache davon aus, dass der Zugang weniger privilegierter Akteure zu den Daten privater Unternehmen in aller Regel ausreichend und im Sinne des Verfassungsrechts ein milderer Mittel sei und es insoweit einer breitflächigen Datenallmende für eine „datenkompetente Allgemeinheit“ nicht bedürfe.<sup>83</sup>

Das juristische Schrifttum schlägt also teilweise ein Open-Data-System vor, geht aber überwiegend von einer rechtlichen Notwendigkeit zur strengen Begrenzung von Datenoffenlegungspflichten im Zuge der Datenallmende aus. Deutlich weiter reichende Vorschläge gibt es eher in der „populärwissenschaftlichen“ Literatur, die nicht von einer umfassenden normativen Analyse ausgeht, sondern sich den Problemen eher anhand der Schwierigkeiten und Phänomene nähert und rechtspolitische Vorschläge entwickelt.<sup>84</sup>

### 3.2.8 Konfliktlösungen exemplarisch verdeutlicht

Doch welche allgemeinen Aussagen lassen sich ausgehend von diesen Erkenntnissen über den Data Governance Act, das E-Government-Gesetz und das Datennutzungsgesetz konkret für die Datenallmende treffen? Es bietet sich an, nach Leitlinien des Systems zu suchen und diese auf ihre Verallgemeinerungsfähigkeit zu prüfen.

#### 3.2.8.1 Öffentliche Hand genießt keinen Grundrechtsschutz

Zunächst zeigt sich dabei, dass die bisherigen Rechtsakte sowohl auf europäischer als auch auf nationaler Ebene verpflichtend nahezu ausschließlich die öffentliche Hand adressieren (§ 1 und § 12 E-Government-Gesetz sowie § 2 Datennutzungsgesetz-E in Umsetzung der Richtlinie (EU) 2019/1024). Und selbst der Data Governance Act sieht – wie gesehen – für private Unternehmen allein finanzielle Anreize für freiwillige Datenoffenlegungen vor, ohne sie verpflichtend festzuschreiben und weicht insofern vom Kartell- und Wettbewerbsrecht ab.

Der rechtliche Grund hierfür mag in der fehlenden Grundrechtsberechtigung öffentlicher Stellen gesehen werden: nach dem Konfusionsargument sind sie zwar grundrechtsverpflichtet, nicht aber grundrechtsberechtigt und genießen mithin keinen Grundrechtsschutz.<sup>85</sup> Daher können ihnen regulatorische Offenlegungspflichten deutlich leichter auferlegt werden als privaten Unternehmen, schlicht weil bei der Abwägung der widerstreitenden Interessen ein deutlich größerer Spielraum besteht. Pflichten der Offenlegung stellen keinen Grundrechtseingriff dar und bedürfen daher verfassungsrechtlich nicht der Abwägung. Jeder verpflichtende Offenlegungszwang für Private ist

---

<sup>82</sup> Schweitzer (2019), S. 570f.

<sup>83</sup> Wischmeyer/Herzog (2020), S. 293.

<sup>84</sup> Siehe etwa Ramge/Mayer-Schönberger (2020).

<sup>85</sup> Jüngst – auch unter Einbeziehung der europäischen Perspektive – ausführlich darlegend BVerfG Urteil vom 18.08.2020 – 1 BvQ 82/20; grundlegend BVerfG, Beschluss vom 02.05.1967 – 1 BvR 578/63 –BVerfGE 21, 362; ausgenommen sind nur bestimmte Körperschaften öffentlichen Rechts mit Blick auf spezifische Grundrechte, etwa Universitäten mit Blick auf Art. 5 Abs. 3 S. 1 GG oder öffentlich-rechtliche Rundfunkanstalten mit Blick auf Art. 5 Abs. 1 S. 2 GG.

andersherum ein Grundrechtseingriff, der rechtfertigungsbedürftig und daher nur in engen Grenzen zulässig ist.

Und dennoch sind europäischer und nationaler Gesetzgeber bislang selbst gegenüber öffentlichen Stellen sehr behutsam vorgegangen. Sie sind verpflichtet, nur solche Daten bereitzustellen und damit offenzulegen, die bereits gespeichert oder jedenfalls vorhanden sind, müssen sich aber nicht um neue Daten bemühen. Es ist eine Pflicht zur Bereitstellung des Vorhandenen, nicht zur Erstellung zur Bereitstellung. Ihre Aufgabe soll also gerade nicht darin liegen, neue Daten zu sammeln, nur damit diese sodann für jedermann bereitgestellt werden können, sondern primär darin, schon vorhandene Daten besser nutzbar zu machen. Es geht kurzgesagt um die Aufbereitung vorhandener Daten zum Zwecke der Zweitnutzung; und genau dieser zusätzliche Verarbeitungsschritt mit geänderter Zweckrichtung – oder besser: privilegierter Zweckänderung – wird normativ erfasst.

Exemplarisch verdeutlichen lässt sich dies anhand von Hochschulen und Forschungseinrichtungen, die vom Datennutzungsgesetz ebenfalls adressiert werden (§ 2 Abs. 2 Nr. 3 DNG-E). Insoweit tritt die Besonderheit hinzu, dass sie zwar nur erfasst werden, soweit sie durch öffentliche Gelder gefördert werden, was die Steuerungsfähigkeit tendenziell erhöht, sie aber dennoch Grundrechtsschutz besitzen können, entweder partiell bei öffentlichen Forschungseinrichtungen, wenn es um die Forschungs- und Wissenschaftsfreiheit aus Art. 5 Abs. 3 S. 1 GG geht, oder aber gänzlich bei privaten Forschungseinrichtungen.<sup>86</sup> Damit werden erstmals auch (partiell) Grundrechtsberechtigte und nicht bloß Grundrechtsverpflichtete von Datenoffenlegungspflichten erfasst, wenngleich sich die Begründung des Gesetzentwurfs in den Ausführungen zum Erfüllungsaufwand des Bundes auf „43 Forschungseinrichtungen, die dem Bund zuzuordnen sind“, bezieht.<sup>87</sup> Dies verdeutlicht neben den Zielen der Datenstrategie, dass sich der Gesetzgeber an Grundrechtsberechtigte wenden will, die sich regelmäßig ohnehin nach allgemeinen wissenschaftlichen Standards bzw. den DFG-Richtlinien zum Umgang mit Forschungsdaten verpflichtet haben, deren Forschungsdaten ferner über öffentliche Gelder finanziert wurden und die bereits über ein institutionelles oder thematisches Repositorium verfügen. Das schränkt den Kreis noch einmal ein. Allerdings werden subsidiär auch Forschende selbst in § 2 Abs. 2 Nr. 3 DNG-E erfasst, jedoch nur, soweit sie öffentlich finanzierte Forschungsdaten besitzen, die nicht bereits von Forschungseinrichtungen und Hochschulen bereitgestellt werden. Insoweit ist der Grundrechtsschutz also ebenso wie bei privaten Forschungseinrichtungen auch vollumfänglich gegeben, sodass die Offenlegungspflicht nur in den engen Grenzen des Gesetzentwurfs zu rechtfertigen ist.

Es zeigt sich: Sowohl der europäische als auch der nationale Gesetzgeber unterwerfen in erster Linie, ja nahezu ausschließlich öffentliche Stellen den neuen Offenlegungspflichten, begrenzen sie aber zugleich auf bereits vorhandene Daten. Für private Unternehmen werden dagegen (insbesondere im Data Governance Act) allein Anreizsysteme vorgesehen. Eine Ausnahme bilden Forschungseinrichtungen, die aber entweder nur partiell grundrechtsberechtigt sind oder aber nur insoweit verpflichtet werden, als es um öffentlich finanzierte Forschungsdaten geht. Dies mag eine wichtige Wertung sein, die auch bei einer möglichen Regelung der Datenallmende berücksichtigt werden muss.

### **3.2.8.2 Schutz des Persönlichkeitsrechts muss stets gewährleistet sein**

Eine weitere, klar wahrnehmbare Wertentscheidung ergibt sich aus dem Umstand, dass alle bisherigen Rechtsakte bzw. Entwürfe den Schutz des Persönlichkeitsrechts betonen und deshalb Offenlegungspflichten nur für nicht-personenbezogene Daten vorsehen (so das Vorrangprinzip des

---

<sup>86</sup> Auch für öffentlich-rechtliche Körperschaften darlegend BVerfG Urteil vom 18.08.2020 - 1 BvQ 82/20.

<sup>87</sup> Bundestags-Drucksache 19/27442, S. 22.

Datennutzungsgesetzes, das auch in der zu Grunde liegenden Richtlinie (EU) 2019/1024 zum Ausdruck kommt und auch in § 12a Abs. 1 E-Government-Gesetz niedergelegt ist) oder aber über eine Unberührtheitsklausel den Persönlichkeitsschutz sicherstellen (so Art. 1 Abs. 2 Data Governance Act). Anderenfalls könnte beispielsweise kaum sichergestellt werden, dass die öffentlich abrufbaren, personenbezogenen Daten DS-GVO-konform verarbeitet werden oder dass sie nicht in Drittländer mit nicht angemessenem Schutzniveau übermittelt werden. Und so hebt auch die Präambel 11 zum Data Governance Act den Persönlichkeitsschutz unmissverständlich hervor:

„Abhängig vom jeweiligen Fall sollten personenbezogene Daten vor ihrer Übermittlung vollständig anonymisiert werden, sodass definitiv ausgeschlossen ist, dass die Betroffenen identifiziert werden können, oder Daten, die vertrauliche Geschäftsinformationen enthalten, so verändert werden, dass keine vertraulichen Informationen offengelegt werden.“

Offenlegungspflichten und Datenschutz stehen in einem untrennbaren Zusammenhang und müssen zusammen gedacht werden. Soweit Grundrechte Dritter betroffen sind, in diesem Fall Grundrechte der natürlichen Personen, auf die sich die Daten beziehen, sind diese zu wahren und berücksichtigen. Damit der Datenschutz der breiteren Nutzung vorhandener Daten jedoch nicht gänzlich im Wege steht, bildet die Anonymisierung das zentrale Verfahren, um die Zielsetzungen beider Rechtsregime (Persönlichkeitsschutz und breitere Datennutzung) miteinander in Einklang zu bringen. Erwägungsgrund 52 der Richtlinie (EU) 2019/2024 fasst diesen Gedanken treffend zusammen. Danach stellt

„[...] die Anonymisierung von Daten [...] ein Mittel dar, um das Interesse daran, Informationen des öffentlichen Sektors möglichst weiterverwendbar zu machen, und die aus dem Datenschutzrecht erwachsenden Verpflichtungen miteinander zu vereinbaren.“

Die Daten dürfen also nur so bereitgestellt werden, dass Dritte, die auf die Daten zugreifen, keinen Bezug zwischen einem einzelnen Datum und der natürlichen Person, auf die sich das Datum bezieht, herstellen können. Eine wichtige Orientierungshilfe für die Herstellung von Konkordanz zwischen Datenschutz und etwaigen Offenlegungspflichten im Zuge der Datenallmende ist das in § 12a Abs. 5 S. 2 Nr. 5 E-Government-G neuer Fassung niedergelegte Verfahren zur Anonymisierung der Daten. Daten müssen nicht bereitgestellt werden, wenn die dahinterstehende natürliche Person re-identifizierbar ist. Die Schwelle hierfür ist überaus gering angesetzt: Nach der Begründung genügt es, wenn „nicht ausgeschlossen werden kann“, dass durch die Veröffentlichung der Daten – auch durch Kombination mit anderen (öffentlich verfügbaren) Daten ein Personenbezug des einzelnen Datums herstellbar ist.<sup>88</sup> In einer immer digitaler werdenden Welt, in der es vor allem großen Internetkonzernen leicht möglich ist, durch die Verknüpfung verschiedener Daten einen Personenbezug herzustellen, dürfte jedenfalls in vielen Fällen die Möglichkeit der Re-Identifizierung nicht von vornherein ausgeschlossen werden können.

Daraus lässt sich die allgemeine Schlussfolgerung ziehen, dass sich Offenlegungspflichten im Zuge der Datenallmende ebenfalls nur auf zuvor anonymisierte Daten beziehen sollten. Die Installation von Datenmittlern nach dem Vorbild des Data Governance Act kann insoweit möglicherweise auch für die Datenallmende hilfreich sein, um die Anonymisierung der Daten und den Persönlichkeitsschutz sicherzustellen (so wie es auch für den Schutz von Geschäftsgeheimnissen bzw. den Schutz geistigen Eigentums vorgesehen ist). Eine Kombination der besten Ideen aus dem Datennutzungsgesetz und dem Data Governance Act kann insoweit zielführend sein. Zu beachten ist

---

<sup>88</sup> Bundestags-Drucksache 19/27442, S. 29.

hier freilich der strenge Ansatz der Datenaufsicht. Sie geht – sicherlich nicht unbestritten, aber für die Praxis maßgeblich – davon aus: Anonymisierung ist Datenverarbeitung.<sup>89</sup>

Folgt man diesem Ansatz, dann gilt: Eine Regelung zur Datenallmende wäre damit regelmäßig eine Regelung zur Datenverarbeitung – nämlich überall dort, wo die Daten, die offengelegt werden, nicht schon in der Hand des Dateninhabers keinen Personenbezug haben. Eine Regelung zur Datenallmende muss sich im Rahmen der Vorgaben der DS-GVO bewegen und damit grundsätzlich dem Gebot der Verhältnismäßigkeit folgen: Nach Art. 6 DS-GVO muss die Anonymisierung – wo sie nicht auf europäischer Ebene spezialgesetzlich zugelassen ist – für einen nach europäischen Maßstäben legitimen Zweck erforderlich sein.<sup>90</sup>

### **3.2.8.3 Keine Bewertung der Nutzungszwecke Dritter**

Ein weiterer Punkt fällt auf und fügt sich stimmig ins Bild: Es findet – abgesehen von einer beabsichtigten Privilegierung der „Datenaltruisten“ als Intermediäre im Data Governance Act – in keinem der bislang vorgestellten Rechtsakte eine Bewertung der Nutzungszwecke im Hinblick auf die offengelegten Daten statt. § 4 Abs. 1 DNG-E enthält den Grundsatz der uneingeschränkten Datennutzung, der treffender als Grundsatz der uneingeschränkten Datennutzungszwecke bezeichnet worden wäre. Darin heißt es ausdrücklich:

„Daten dürfen für jeden kommerziellen oder nicht kommerziellen Zweck genutzt werden.“

Dritte, die auf die von der öffentlichen Hand bereitgestellten (anonymisierten) Daten zugreifen, müssen den Zweck der Datennutzung also weder offenlegen, noch findet eine (etwa mit einem Erlaubnisvorbehalt) versehene Prüfung der jeweiligen öffentlichen Stelle statt. Es ist eine Offenlegung *ad libitum* und mit anderen Worten unerheblich, ob Dritte die Daten zu Gemeinwohlzwecken verarbeiten (etwa um aus anonymisierten Gesundheitsdaten Erkenntnisse für den Umgang mit Infektionskrankheiten zu gewinnen) oder aber, um damit wirtschaftlichen Profit zu erzielen (bis hin zu gesamtwirtschaftlich schädlichen, aber eben nicht verbotenen Aktivitäten, etwa die gezieltere Werbung für Rauchwaren). Es soll also jedem offenstehen, auf die einmal bereitgestellten Daten zuzugreifen – eben weil man die vorhandenen Daten ganz im Sinne der europäischen Datenstrategie breiter nutzbar machen will.

### **3.2.8.4 Vorrang des Erhebungszwecks ohne Abwägung**

Dieser fehlenden Bewertung der Nutzungszwecke Dritter entspricht es, dass eine Bereitstellungspflicht auch erst dann eingreift, wenn dem Adressaten der Offenlegungspflicht hierdurch keine Nachteile entstehen. Das erscheint stimmig, denn sonst müsste die Legitimität der Nachteile des einen mit dem Gewicht des anderen oder der Allgemeinheit begründet werden. Wiederum zeigt sich, dass die Interessen der (je nach Ausrichtung partiell oder vollkommen) grundrechtsberechtigten Hochschulen und Forschungseinrichtungen ernst genommen und geschützt werden.

So tritt die Pflicht zur Bereitstellung öffentlich finanzierter Forschungsdaten nach § 12a Abs. 4 E-Government-Gesetz-E neuer Fassung erst ein, soweit der Forschungszweck hierdurch nicht beeinträchtigt wird. Regelmäßig wird dieser darin liegen, die gesammelten Forschungsdaten selbst auszuwerten und das daraufhin gefundene Forschungsergebnis vorzustellen bzw. zu veröffentlichen,

---

<sup>89</sup> Siehe das Positionspapier des Bundesbeauftragten für den Datenschutz und die Informationsfreiheit zur Anonymisierung unter der DS-GVO, BfDI (2020), S. 4.; hierzu zuletzt auch Burg et al. (2021), S. 449.

<sup>90</sup> Hierzu ausführlich Kühling et al. (2020), DS-GVO Art. 6 Rn. 81ff.

sodass das Forschungsvorhaben als solches vollständig abgeschlossen ist.<sup>91</sup> Erst anschließend setzt die Offenlegungspflicht an. Der Schutz der Hochschulen und Forschungseinrichtungen ist also im Verfahren selbst angelegt und greift damit schon vorgelagert, sodass es einer Prüfung der Nutzungszwecke Dritter vor dem Zugriff auf die später bereitgestellten Daten nicht bedarf. Auf diese Weise wird – so ist es auch in der Gesetzesbegründung selbst angelegt – ein Ausgleich geschaffen zwischen der breiteren Nutzbarmachung auch öffentlich finanzierter Forschungsdaten und dem berechtigten Interesse der Forschungseinrichtungen und Forschenden, ihr Forschungsvorhaben erst abzuschließen und es nicht durch vorzeitige Datenoffenlegung zu gefährden – zumal für die Bereitstellung der öffentlich finanzierten Daten meist auch weitere Ressourcen genutzt werden müssen.<sup>92</sup>

Zu einer Abwägung zwischen dem Interesse der Forschungseinrichtung einerseits, das Forschungsvorhaben zunächst abschließen zu wollen und damit den Forschungszweck zu erreichen, und dem Interesse Dritter andererseits, die öffentlich finanzierten Daten zu einem entgeltlichen oder nicht entgeltlichen Zweck zu nutzen, kommt es also nicht mehr. Ebenso wenig muss eine Erheblichkeitsschwelle (etwa in Form einer schweren Interessensberührung) für die Beeinträchtigung des Forschungsvorhabens bei Datenoffenlegung überschritten werden. Der bloße (abwägungsfreie) Umstand, dass das Forschungsvorhaben noch nicht vollständig abgeschlossen ist, genügt, um die Datenoffenlegungspflicht herauszuschieben.

Kurzum: Es findet zwar bei der Bereitstellung der anonymisierten Daten keine Bewertung der Nutzungszwecke derjenigen Dritten (natürlichen oder juristischen) Personen statt, die auf die Daten zugreifen; die Nutzungszwecke spielen aber mittelbar eine Rolle für die vorgelagerte Frage, ob die Daten überhaupt bereitgestellt werden. Steht der Zweck der Datensammlung einer Offenlegung entgegen, findet keine Abwägung mehr statt, es bedarf keiner irgendwie gearteten Erheblichkeit der Beeinträchtigung, die Daten werden unabhängig vom konkreten Einzelfall nicht bereitgestellt (etwa, wenn ein Forschungsvorhaben noch nicht vollständig abgeschlossen ist). Auch darin liegt eine wichtige Wertung.

### **3.2.8.5 Grundsätzlich kein Entgelt für die Nutzung – aber Kostenersatz möglich**

Ein letzter Punkt kann festgestellt werden: Eine weitere Konsequenz aus der fehlenden Bewertung der Nutzungszwecke Dritter ist, dass diese für den Zugriff auf die bereitgestellten Daten auch kein Entgelt entrichten müssen. Schließlich könnte ein solches nur angemessen werden, wenn man um die Nutzungszwecke des Dritten weiß und diese (finanziell) bewertet. Hieraus folgt allerdings nicht zugleich, dass kein Kostenersatz möglich wäre. So normiert § 10 Abs. 1 DNG-E zwar den Grundsatz der Unentgeltlichkeit, regelt aber zugleich die Voraussetzungen, unter denen ein Ersatz für solche Kosten gewährt wird, die im Zuge der Offenlegung der Daten entstehen. Dazu gehören Reproduktions-, Bereitstellungs- und Verbreitungskosten ebenso wie Kosten für die Anonymisierung der Daten oder den Schutz vertraulicher Geschäftsgeheimnisse. Und wiederum steht hinter all dem die Wertung, dass den Adressaten der Offenlegungspflichten, wenn sie schon keinen Profit aus der Bereitstellung der Daten ziehen können, jedenfalls kein finanzieller Nachteil entstehen soll.

Eine Ausnahme soll nach § 10 Abs. 2 DNG-E für öffentliche Stellen bestehen, die Einnahmen erzielen müssen, um einen wesentlichen Teil ihrer Kosten zu decken. Gleiches gilt für Bibliotheken (auch Hochschulbibliotheken), Museen und Archive sowie öffentliche Unternehmen. Bei all diesen besteht

---

<sup>91</sup> Für den Fall, dass der Forschungszweck in der Bereitstellung behördlicher Entscheidungshilfen liegt, sieht die Gesetzesbegründung (Bundestags-Drucksache 19/27442, S. 31) vor, dass etwaige angestrebte Schutzrechtsanmeldungen abgewartet werden sollen, bis die Datenoffenlegungspflichten greifen.

<sup>92</sup> Siehe hierzu Bundestags-Drucksache 19/27442, S. 31f., abermals unter Nennung des Beispiels von Forschungsprojekten zur Unterstützung oder Vorbereitung administrativer Entscheidungen.

ausnahmsweise die Möglichkeit, die Daten nur gegen Entgelt bereitzustellen. Hierfür sieht § 11 DNG-E (flankiert mit § 12 DNG-E) eigens ein System zur transparenten Bemessung der Entgelthöhe vor. Zu einer Bewertung der Nutzungszwecke Dritter kommt es aber auch hierbei nicht; die ausnahmsweise Möglichkeit der Entgelterhebung beruht auf Besonderheiten auf Seiten der Offenlegungsadressaten.

### 3.2.9 Was folgt aus alldem?

Offenlegungspflichten zur Verwirklichung der Datenallmende können die bisherigen Rechtsakte aus der Reihe der digitalen Datenstrategie ergänzen, insbesondere was Unternehmen des privaten Sektors anbelangt. Denn EU und nationaler Gesetzgeber haben sich bei ihrem bisherigen regulatorischen Handeln dazu entschieden, allein bereits vorhandene Daten breiter nutzbar zu machen. Hierbei adressieren sie verpflichtend (nahezu ausschließlich) nur öffentliche Stellen; für private Unternehmen wird allein ein Anreizsystem vorgesehen, das letztlich auf Freiwilligkeit setzt. Dafür mag es gute, auch rechtliche Gründe geben: Öffentliche Stellen sind nach dem Konfusionsargument zwar grundrechtsverpflichtet, grundsätzlich aber nicht grundrechtsberechtigt und genießen daher keinen Grundrechtsschutz. Ihnen können regulatorische Datenoffenlegungspflichten also deutlich leichter auferlegt werden als privaten Unternehmen.

Und dennoch gelten hohe Hürden: Know-How-Schutz und Datenschutz müssen gewahrt werden, um die privaten Rechte Dritter (also sowohl von natürlichen als auch juristischen Personen) nicht zu beeinträchtigen. Der Persönlichkeits- und Datenschutz spielt eine wichtige Rolle. Die Grenzen sind also erheblich, ebenso wie der Aufwand, etwa im Hinblick auf die Anonymisierung der offenzulegenden Daten – wenngleich hierfür vom Adressaten der Datenoffenlegungspflicht Kostenersatz verlangt werden kann. Eine Sonderstellung innerhalb der bisherigen Regelungsentwürfe nehmen Forschungseinrichtungen, Hochschulen und subsidiär auch Forschende selbst ein, die (partiell) grundrechtsberechtigt sind, aber auch nur insoweit erfasst werden, als es um öffentlich finanzierte (und daher staatlich besser steuerbare) Forschungsdaten geht. Die Bereitstellung der Forschungsdaten erfolgt hierbei jedoch erst, wenn das Forschungsvorhaben abgeschlossen und der Forschungszweck (regelmäßig die Veröffentlichung der Forschungsergebnisse) erfüllt ist. Eine Bewertung der Nutzungszwecke Dritter oder gar eine Abwägung zwischen den Interessen der Forschungseinrichtung und den Nutzungszwecken Dritter findet gerade nicht statt.

Darüber hinaus ist zu berücksichtigen, dass die bisherigen Regelungsvorschläge wie insbesondere § 12 Abs. 1 S. 1 E-Government-Gesetz-E zwar durchaus Datenoffenlegungspflichten begründen, hierbei aber zur Vermeidung unnötiger administrativer Kosten keinen subjektiven Rechtsanspruch des Einzelnen auf Offenlegung begründen. Eines solchen Anspruchs bedarf es auch nicht notwendigerweise, weil zu erwarten ist, dass sich die adressierten öffentlichen Stellen schon aus rechtsstaatlichen Gesichtspunkten (Art. 20 Abs. 3 in Verbindung mit Art. 28 Abs. 1 GG) an die Datenoffenlegungsverpflichtung halten werden. Eben hiermit kann bei privaten Unternehmen nicht immer gerechnet werden (auch bei privaten Forschungseinrichtungen nicht in allen Fällen): Will man jedoch einen subjektiven Rechtsanspruch auf Datenoffenlegung, der in der Folge vor den Gerichten auch einklagbar wäre, vermeiden, müsste eine Aufsichtsbehörde installiert werden, die über die Einhaltung der Datenoffenlegungsverpflichtung im privaten Sektor (notfalls mittels Sanktionen) wacht – etwa bei grundrechtsberechtigten Forschungseinrichtungen und Hochschulen. Möglicherweise genügt insoweit aber auch die Installation von Datenmittlern nach dem Vorbild des Data Protection Act.

Aber auch positive Vorbilder für eine mögliche Regelung der Datenallmende können den bisherigen Rechtsakten entnommen werden: einerseits die sich aus dem Data Governance Act ergebende Unberührtheitsklausel, wonach auch Daten, die privaten Rechten Dritter unterliegen, erfasst werden, ohne die privaten Rechte Dritter zu stark zu beeinträchtigen, indem etwa Anonymisierungsverfahren genutzt und der Schutz geistigen Eigentums sowie der Geschäftsgeheimnisschutz sichergestellt werden. Andererseits können die sich aus dem Datennutzungsgesetz ergebenden,

Transaktionskosten minimierenden Anforderungen an die diskriminierungsfreie, maschinenlesbare, kostenlose Bereitstellung von Daten als Blaupause für die Regelung der Datenallmende dienen.

Eine Sonderstellung innerhalb dieses Regelungssystems nehmen die in § 3a PBefG-E vorgesehenen Zugangsrechte zu Daten des Verkehrssektors ein. Sie tragen den Spezifika Rechnung, die für Mobilitätsdaten gelten und weisen eine ganz eigene Struktur auf, vor allem deshalb, weil die von der Bereitstellungspflicht betroffenen Unternehmen die Daten nicht selbst, sondern über eine Datendrehscheibe (den NAP) zur Verfügung stellen müssen, auf die Dritte nach Antrag und Offenlegung der Nutzungszwecke zugreifen können. Die §§ 3a, 3b und 3c PBefG-E können daher nur eingeschränkte Aussagekraft für die Datenallmende entfalten, geben aber doch gewisse Anhaltspunkte, wie eine sektorspezifische Regelung aussehen könnte, wenn etwa eine maschinenlesbare Bereitstellung vorgeschrieben, der Einsatz von Erfüllungsgehilfen erlaubt, spezifische Löschfristen vorgegeben und Bereichsausnahmen für Einzelunternehmer vorgesehen werden.

### 3.2.10 Zwischenfazit

Damit lässt sich bis hierhin als ein erstes juristische Zwischenfazit festhalten: Für das „Wie“ der Bereitstellung von Daten gibt es durchaus regulatorische Vorbilder, die sich für das Vorhaben der Datenallmende nutzbar machen lassen, nicht aber für das „Ob“ der Bereitstellung, weil der private Sektor (abgesehen von einem Anreizsystem, und abgesehen vom Sonderfall der Forschungseinrichtungen) bislang nicht adressiert wurde. Dabei ist gerade bei einer Regelung für den privaten Sektor darauf zu achten, dass der Nutzen, den die Bereitstellung von Daten potenziell mit sich bringt, durch den erheblichen Aufwand nicht aufgezehrt wird.

## 3.3 Sonderfall: Vorläufer im Kartell- und Wettbewerbsrecht

In einem dritten Schritt ist ein Blick auf die vorhandenen juristischen Antworten in Bezug auf die Datendominanz der Internetgiganten zu werfen. Es geht um die Zugriffsmöglichkeiten, die sich bereits *de lege lata* aus dem Kartell- bzw. Wettbewerbsrecht ergeben. Literatur und Praxis zum Verhältnis von Kartellrecht und Datenschutz(recht) sind derzeit noch recht überschaubar, doch wachsen sie. Es ist also zu prüfen: Was haben wir an Offenlegungspflichten beziehungsweise Datenzugangsrechten, und was könnten wir haben, gegebenenfalls losgelöst von Missbrauch oder Missbrauchsgefahr, das stimmig an die bisherigen Konzepte anknüpft, oder sich doch dazu nicht in Widerspruch setzt. Dabei ist zwischen der nationalen (Abschnitt 3.3.1) und der unionalen Perspektive (Abschnitt 3.3.2) zu differenzieren.

### 3.3.1 Datenzugangsrechte im Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen

Vorliegend ist nicht zuletzt deshalb mit der nationalen Ebene zu starten, da es hier jüngst zu einer relevanten Novellierung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) und einem Ausbau der kartellrechtlichen Zugangsansprüche gekommen ist.<sup>93</sup> Grundsätzlich sind die zugangsberechtigten Personen enger gefasst als hinsichtlich der bislang skizzierten Berechtigtenkreise, da es sich jeweils um Wettbewerber handeln muss, teilweise sogar enger auf vor- und nachgelagerten Märkten. Problematisch sind aber eher die Zugangsvoraussetzungen und -einschränkungen (Abschnitt 3.3.1.1) und vor allem der begrenzte Kreis der Zugangsverpflichteten (Abschnitt 3.3.1.2)

---

<sup>93</sup> Siehe dazu Gerpott/Mikolas (2021), S. 137ff.



### **3.3.1.1 Zugangsobjekte, Zugangsvoraussetzungen und -einschränkungen**

#### **3.3.1.1.1 Zugang zu essenziellen Daten gemäß § 19 Abs. 2 Nr. 4 GWB**

Traditionell einschlägige Rechtsgrundlage ist insoweit zunächst die auf der Essential-Facilities-Doktrin fußende allgemeine Verpflichtung marktbeherrschender Unternehmen, Zugang zu essenziellen Einrichtungen zu gewähren. Insoweit hat der Gesetzgeber in der jüngsten GWB-Novelle in § 19 Abs. 2 Nr. 4 GWB normiert, dass als Objekt für einen Zugang, der „objektiv notwendig ist, um auf einem vor- oder nachgelagerten Markt tätig zu sein“, auch „Daten“ in Betracht kommen können. Dabei handelt es sich aber letztlich nur um eine Klarstellung, da auch schon vorher anerkannt war, dass es sich bei Daten um einschlägige essenzielle Güter handeln kann.<sup>94</sup> Problematisch sind dann auch die weiteren beibehaltenden Einschränkungen, nämlich, dass „die Weigerung den wirksamen Wettbewerb auf diesem Markt auszuschalten droht“ und die Zugangsverweigerung nicht ausnahmsweise „sachlich gerechtfertigt“ ist.

Letztlich haben auch diese beiden hohen Hürden – neben der objektiven Notwendigkeit – dazu geführt, dass die Norm bislang jedenfalls noch nicht zu nennenswerten Zugangsgewährungen in der kartellrechtlichen Anwendungspraxis – sei es durch die Kartellbehörden oder die Gerichte – geführt hat. Dementsprechend hält auch nach der GWB-Novelle die Kritik an, dass die Bestimmung nicht entscheidend in Richtung eines Zugangsrechts umgestaltet worden ist, die einen angemessenen Datenzugang ermöglicht.<sup>95</sup> Die fehlende Anwendungspraxis zum „Ob“ des Datenzugangs führt auch dazu, dass erst recht eine Reihe von Folgefragen ungeklärt ist, die etwa die nähere spezifische Ausgestaltung (Zugang zu Echtzeitdaten? Zugang auch zu personenbezogenen Daten?) betreffen, geschweige denn, dass nähere Erkenntnisse zur Folgefrage des angemessenen Entgelts als im GWB vorgesehene Kompensation des Zugangsberechtigten geklärt wären. Letztlich zeigt sich im Übrigen, dass § 19 Abs. 2 Nr. 4 GWB auch im Vergleich zu § 20 Abs. 1a GWB die enger gefasste Norm ist, da identische Sachverhalte grundsätzlich erfasst werden, § 19 GWB aber zusätzlich noch hinsichtlich des Zugangsverpflichteten eine marktbeherrschende Stellung verlangt, während § 20 Abs. 1a GWB eine relative Marktmacht genügen lässt.

#### **3.3.1.1.2 Zugangsverweigerung als unbilliges Behindern i.S.d. § 19 Abs. 2 Nr. 1 GWB**

Ähnlich zu § 19 Abs. 2 Nr. 4 GWB kann eine Zugangsverweigerung auch als unbilliges Behindern im Sinne des § 19 Abs. 2 Nr. 1 GWB eingestuft und marktbeherrschenden Unternehmen untersagt werden, wenn sie insbesondere negative Auswirkungen im unmittelbaren Verhältnis zu Wettbewerbern hat. Auf diese Weise kommt jedoch noch eine weitere wertende Voraussetzung hinzu, die jedenfalls nicht zu einer Absenkung des Anforderungsprofils führt. Daher sind erst recht keine Aktivierungen von Zugangsberechtigungen zu Datenbeständen unter dieser Norm zu beobachten.

#### **3.3.1.1.3 Zugang bei datenbedingter einseitiger Abhängigkeit gemäß § 20 Abs. 1a GWB**

§ 20 Abs. 1a GWB wurde ebenfalls im Zuge der jüngsten GWB-Novelle neu gefasst mit Blick auf den Zugang zu marktstarken Unternehmen auf den Informationsmärkten. Wie bereits aufgezeigt, handelt es sich letztlich um einen Spezialfall der allgemeineren Norm des § 19 Abs. 2 Nr. 1 GWB, die allerdings keine marktbeherrschende Stellung des zugangsverpflichtenden Unternehmens verlangt, sondern auch eine relative Marktmacht genügen lässt. Ausreichend ist danach, dass der Zugangsverpflichtete jedenfalls gegenüber dem Zugangsberechtigten eine überlegene Position innehat, die eine Abhängigkeit generiert. Diese kann sodann gemäß § 20 Abs. 1a S. 1 GWB gerade daraus folgen, „dass ein Unternehmen für die eigene Tätigkeit auf den Zugang zu Daten angewiesen

---

<sup>94</sup> Dazu grundlegend etwa Louven (2018), S. 217.

<sup>95</sup> Besonders prägnant die Kritik bei Gerpott/Mikolas (2021), S. 137ff.

ist, die von einem anderen Unternehmen kontrolliert werden“. Genau darin kann sodann nach § 20 Abs. 1a S. 2 GWB eine Behinderung nach § 20 Abs. 1 GWB in Verbindung mit § 19 Abs. 2 Nr. 1 GWB gesehen werden. Wichtig ist dabei auch, dass gemäß § 20 Abs. 1a S. 2 GWB das Zugangsrecht auch dann greifen kann, „wenn ein Geschäftsverkehr für diese Daten bislang nicht eröffnet ist.“

Damit kann § 20 Abs. 1a GWB durchaus zu einer leichten Lockerung im Vergleich zu den Anwendungsvoraussetzungen des § 19 Abs. 2 (Nr. 1 und Nr. 4) GWB führen und damit künftig gegebenenfalls den Datenzugang gegenüber marktstarken Unternehmen in Abhängigkeitsverhältnissen verbessern. Allerdings bleibt es auch insoweit nur bei einer beschränkten Durchsetzung des Zugangsziels in der Fallkonstellation der einseitigen Abhängigkeit von anderen Unternehmen, und es bleiben die Folgeprobleme des „Wie“ des Zugangs (Echtzeitdaten? Personenbezogene Daten? Höhe des Entgelts?) bestehen. Anwendungsfälle gibt es hier angesichts der erst jüngst novellierten Norm noch nicht, sodass die Wirkmächtigkeit der Bestimmung gegenwärtig offen ist.

#### **3.3.1.1.4 *Zugang zur Gewährleistung der Leistungsinteroperabilität und Datenportabilität gemäß § 19a Abs. 2 S. 1 Nr. 5 GWB***

Schließlich wurde im Rahmen der jüngsten GWB-Novelle noch ein weiterer Spezialfall eines Datenzugangsrechts aufgenommen, in Form der neu konzipierten Kartellrechtsnorm bezogen auf Unternehmen mit einer „überragenden marktübergreifenden Bedeutung“ nach § 19a GWB aufgenommen. So kann das Bundeskartellamt nach § 19a Abs. 2 S. 1 Nr. 5 GWB jenen Unternehmen untersagen, „die Interoperabilität von Produkten oder Leistungen oder die Portabilität von Daten zu verweigern oder zu erschweren und damit den Wettbewerb zu behindern“. Auch hier ist also wie nach § 19 Abs. 2 Nr. 1 GWB eine Wettbewerbsbehinderung erforderlich, auch wenn nicht zusätzlich noch eine Unbilligkeit verlangt wird. Sofern also die Adressatenschaft besteht, kann insbesondere eine Portabilität verlangt werden. Damit wird gleichsam eine Vorstufe des Datenzugangs ermöglicht, da nach Schaffung einer Portabilität anschließend – insbesondere im Fall der Einwilligung der Betroffenen bei personenbezogenen Daten – eine Weitergabe der Daten von einem Unternehmen zu einem anderen erfolgen kann. Ein unmittelbarer Datenzugang wird damit aber nicht begründet. Durchaus relevant ist dann jedoch, dass die Anwendungsvoraussetzungen eher niedrigschwellig sind, da eine Umkehr der Darlegungs- und Beweislast greift und das zugangsverpflichtete Unternehmen nach § 19a Abs. 2 S. 2 und 3 GWB darlegen und beweisen müsste, dass die Zugangsverweigerung sachlich gerechtfertigt ist.

#### **3.3.1.2 *Zugangsverpflichtete: marktmächtige Unternehmen***

##### **3.3.1.2.1 *Datenzugang grundsätzlich nur gegenüber marktbeherrschenden Unternehmen***

Das Kartellrecht ist aber nicht nur hinsichtlich des Zugangsobjekts restriktiv, sondern auch in Bezug auf die Zugangsverpflichteten. So knüpft das GWB anders als die bislang analysierten Offenlegungspflichten an eine besondere Marktposition des Zugangsverpflichteten an. Dieser muss nach § 19 GWB grundsätzlich als marktbeherrschendes Unternehmen zu qualifizieren sein. Es geht also um eine asymmetrische Regulierung spezifischer, besonders starker Unternehmen. Auf diese Weise erfolgt nicht nur eine erhebliche Reduzierung des Adressatenkreises, sondern dessen Identifikation ist selbst bei großen datengetriebenen Unternehmen keineswegs eine leichte Übung. Das gilt selbst für die sogenannten „GAFA“-Unternehmen (Google/Alphabet, Apple, Facebook, Amazon), die insoweit als „gesetzte“ Adressaten einfach einzuordnen scheinen. So ist beispielsweise Amazon als marktstarke Internethandelsplattform bislang noch nicht in einer Kartellverfügung des Bundeskartellamtes als marktbeherrschendes Unternehmen qualifiziert worden.<sup>96</sup> Denn dies

---

<sup>96</sup> Siehe aber eine entsprechende gerichtliche Feststellung im einstweiligen Rechtsschutz, Landgericht München, Az. 37 O 32/21, Beschluss vom 14.01.2021, S. 7f. des Entscheidungsumdrucks unter Hinweis auf Aussagen des Bundeskartellamtes aus seinem

erfordert eine sorgfältige und komplexe Marktabgrenzung der verschiedenen einschlägigen Märkte. Dabei sind grundlegende Fragen zu klären, etwa ob nur auf Online-Handelsmärkte oder auch auf den stationären Handel abgestellt wird, und sodann, ob nach verschiedenen Produktgruppen zu differenzieren ist.

Damit wird deutlich, dass die kartellrechtlichen Zugangsansprüche von einem allgemeinen Allmende-Gedanken nicht nur *ratione materiae* mit Blick auf die Zugangsobjekte, sondern auch *ratione personae* weit entfernt sind und Zugang zu den Daten von nur sehr wenigen Unternehmen ermöglichen.

#### **3.3.1.2.2 Zugang bei relativer Marktmacht nach § 20 Abs. 1a GWB**

Wie in Abschnitt 3.3.1.1.3 dargestellt, gilt das lediglich etwas abgeschwächt für den Datenzugang gemäß § 20 Abs. 1a GWB. Denn hier ist keine auf den gesamten Markt bezogene beherrschende Stellung erforderlich, sondern es genügt eine bilaterale relative Marktmacht. Diese liegt nach jener Bestimmung allgemein vor, wenn von dem zugangsverpflichteten Unternehmen „andere Unternehmen als Anbieter oder Nachfrager einer bestimmten Art von Waren oder gewerblichen Leistungen in der Weise abhängig sind, dass ausreichende und zumutbare Möglichkeiten, auf dritte Unternehmen auszuweichen, nicht bestehen und ein deutliches Ungleichgewicht zur Gegenmacht der anderen Unternehmen besteht (relative Marktmacht)“. Dieser allgemeine Tatbestand wird sodann in § 20a Abs. 1a GWB auf den Fall einer datenbezogenen Abhängigkeit ausgedehnt. Damit liegt *ratione personae* eine Erweiterung im Vergleich zum § 19 Abs. 2 (Nr. 1 und Nr. 4) GWB vor, allerdings in überschaubarem Umfang.

#### **3.3.1.2.3 Zugang gegenüber Unternehmen mit überragender marktübergreifender Bedeutung nach § 19a GWB**

Sogar nochmals reduzierter im Vergleich zu § 19 Abs. 2 (Nr. 1 und Nr. 4) GWB ist der Anwendungsbereich des neuen § 19a GWB *ratione personae*. Denn hier muss dem Unternehmen eine „überragende marktübergreifende Bedeutung“ zukommen. Zwar greifen insoweit nach § 19a Abs. 1 GWB ähnliche Parameter, die zu berücksichtigen sind, wie für die marktbeherrschende Stellung gemäß § 19 GWB entsprechend § 18 Abs. 3 GWB. Insgesamt ist die Hürde jedoch eine höhere, so dass auch nach erster Einschätzung nur die ganz großen Internetplattformen als Adressaten der Regelung in Betracht kommen (Amazon, Facebook, Google etc.).

#### **3.3.1.3 Pfadabhängige Fortentwicklungsmöglichkeiten – Reduktion der Zugangsanforderungen; Erweiterung des Zugangs**

In verschiedenen kritischen Stellungnahmen zu den bisherigen Regelungsansätzen und ihren jüngsten Erweiterungen wird auf die verbliebenen Unschärfen bzw. letztlich zu hohen Hürden für die Aktivierung von Datenzugangsrechten hingewiesen.<sup>97</sup> Zuletzt haben beispielsweise Gerpott/Mikolas (2021) sechs Aspekte herausgearbeitet, die auch nach der jüngsten GWB-Novelle als Desiderate verblieben. So greife ein Datenzugang erstens nur zweckgebunden für im unmittelbaren Wettbewerb mit dem Zugangsverpflichteten stehende Unternehmen beziehungsweise erfordere Wettbewerbshemmnisse auf diesem Markt. Ein Datenzugriff von Wettbewerbern, um neue Märkte zu erschließen, werde dadurch weitgehend ausgeschlossen. Zudem würden, zweitens, nur vor- und nachgelagerte Märkte erfasst, nicht hingegen benachbarte verbundene Märkte. Ferner fehle es drittens an der Sicherheit, Datenzugang in Echtzeit zu erlangen. Schließlich könnte es, viertens,

---

Fallbericht vom 17.07.2019, B2-88/18 zu dem frühzeitig eingestellten Amazon-Verfahren zu Händlerbedingungen sowie auf Aussagen der EU-Kommission aus ihrer Pressemitteilung vom 10.11.2020, AT.40462 zu dem noch laufenden Amazon-Verfahren zur Nutzung von Verkäuferdaten.

<sup>97</sup> Siehe zur Bewertung der Zugangsrechte vor der jüngsten GWB-Novelle ebenfalls skeptisch Louven (2018), S. 217.

interessant sein, einen Datenzugang auch indirekt über Datentreuhänder zu erlangen. Etwas abseits des vorliegenden Themas des Datenzugangs wird zudem darauf hingewiesen, dass, fünftens, ein Zugang zu Algorithmen geschaffen werden müsse. Schließlich werden die allgemein hohen Hürden insbesondere in § 19 Abs. 4 GWB bemängelt und insbesondere, dass der Zugang, sechstens, „objektiv notwendig“ sein müsse, um eine „drohende Ausschaltung von Wettbewerb“ zu verhindern. Weitere offene Fragen, wie etwa die Unklarheiten über die Festlegung eines angemessenen Entgelts, das Problem der Abgrenzung zu und des gegebenenfalls erweiterten Zugriffs auch auf personenbezogene Daten lassen sich ergänzen.

Insgesamt ist es vor diesem Hintergrund denkbar, die kartellrechtlichen Vorschriften in Richtung weiter gefasster Datenzugangsrechte auszubauen. Es bliebe jedoch *ratione personae* bei der dem Kartellrecht immanenten Beschränkung des Verpflichtetenkreises auf besonders marktrelevante Player und *ratione materiae* bei weiteren konditionierenden Einschränkungen eines Wettbewerbshindernisses sowie rechtfertigenden zugangsabwehrenden Aspekten wie einer Effizienzeinrede. Zudem besteht die Notwendigkeit einer Einzelfallkonkretisierung, da die bisherigen Regeln nicht als Per-se-Regeln ausgestaltet sind und dies dem bisherigen Kartellrecht auch fremd ist. In der Vollzugsperspektive wirft das viele Unsicherheiten auf, so dass mit der Logik des kartellrechtlichen Instrumentariums eher punktuelle, wettbewerbsschützende Zugangsrechte generiert werden. Von umfassenden Datenteilungspflichten im Sinne einer Datenallmende ist das demnach weit entfernt.

### 3.3.2 Entwicklungen auf der EU-Ebene

#### 3.3.2.1 Primärrechtliche Zugangsmöglichkeiten nach Art. 102 AEUV

Was das bisherige Regelwerk auf unionaler Ebene anbelangt, so findet sich in Art. 102 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union (AEUV) eine noch allgemeinere Missbrauchsregel, die ebenfalls über die Essential-Facilities-Doktrin Zugangsrechte begründen kann. Das wird in der Literatur auch theoretisch anerkannt.<sup>98</sup> Angesichts fehlender ergänzender Konditionierungen dieser allgemeinen Regel, wie sie im GWB insbesondere nach der jüngsten Novelle zu verzeichnen sind, gilt das dortige Fazit hier erst recht: Hinsichtlich der Anwendungsvoraussetzungen greift ein eng definierter Kreis an Zugangsverpflichteten, da nach Art. 102 AEUV eine marktbeherrschende Stellung zwingend ist und nicht einmal das Phänomen der relativen Marktmacht erfasst wird. Mit Blick auf die materiell-rechtlichen Zugangshürden greifen auch hier dieselben, eben skizzierten strengen Anforderungen wie im bisherigen deutschen Kartellrecht<sup>99</sup>, die in der Anwendungsrealität dazu geführt haben, dass auf der Basis jener Vorschrift nicht im relevanten Umfang Datenzugänge gewährt worden sind.

#### 3.3.2.2 Datenzugang nach dem Digital Markets Act

Angesichts der als unzureichend angesehenen normativen Vorsteuerung der großen datenbasierten Akteure und insbesondere der großen Internetintermediäre wird seit geraumer Zeit eine umfangreiche Diskussion über eine sekundärrechtliche Flankierung des primärrechtlichen Ansatzes diskutiert. Einen ersten, wichtigen normativen Schritt hat insoweit die Europäische Kommission am 15. Dezember 2020 mit ihrem Vorschlag für eine Verordnung über bestreitbare und faire Märkte im

---

<sup>98</sup> Siehe etwa Paal, in Gersdorf/Paal (2021), Art. 102 AEUV, Rn. 94.

<sup>99</sup> Siehe statt vieler daher auch die zurückhaltende Bewertung bei Paal, in Gersdorf/Paal (2021), Art. 102 AEUV, Rn. 94, der allerdings für nicht-personenbezogene Daten die Anwendungshürden als überwindbar ansieht.

digitalen Sektor (Gesetz über digitale Märkte)<sup>100</sup> unternommen,<sup>101</sup> obgleich dieser nicht auf die Schaffung umfangreicher Datenzugangsrechte ausgerichtet ist.

#### 3.3.2.2.1 *Zugangsobjekte, Zugangsvoraussetzungen und -einschränkungen*

Ausgangspunkt ist hier gleichwohl gerade, wie Erwägungsgrund 3 verdeutlicht, das Problem „des fehlenden (oder schlechteren) Zugangs zu einigen in der digitalen Wirtschaft entscheidenden Inputs wie Daten“. Allerdings nimmt die Verordnung eine Fokussierung auf die ganz großen Gatekeeper vor, wie bereits Erwägungsgrund 54 hervorhebt, der das Ziel klar dahingehend fixiert,

„sicherzustellen, dass Gatekeeper nicht die Bestreitbarkeit zentraler Plattformdienste oder das Innovationspotenzial des dynamischen digitalen Sektors untergraben, indem sie die Möglichkeiten der gewerblichen Nutzer zur wirksamen Übertragung ihrer Daten beschränken.“

Daher

„sollten gewerbliche Nutzer und Endnutzer in einem strukturierten, gängigen und maschinenlesbaren Format wirksam und unmittelbar Zugang zu den Daten erhalten, die sie bereitgestellt haben bzw. die bei ihrer Nutzung der relevanten zentralen Plattformdienste des Gatekeepers generiert wurden. Dies sollte auch für alle anderen Daten verschiedener Aggregationsebenen gelten, die für eine wirksame Übertragbarkeit erforderlich sein könnten. Ferner sollte z. B. durch hochwertige Programmierschnittstellen (API) sichergestellt werden, dass gewerbliche Nutzer und Endnutzer diese Daten wirksam in Echtzeit übertragen können. (...)“.

Erwägungsgrund 55 ergänzt:

„Gewerbliche Nutzer, die große zentrale Plattformdienste von Gatekeepern nutzen, sowie die Endnutzer solcher gewerblichen Nutzer stellen große Datenmengen bereit und generieren sie. Dafür werden unter anderem auch aus solcher Nutzung Daten abgeleitet. Um sicherzustellen, dass gewerbliche Nutzer Zugang zu den auf diese Weise generierten Daten haben, sollte der Gatekeeper ihnen auf Anforderung kostenlos einen ungehinderten Zugang dazu ermöglichen. Auch Dritte, die der gewerbliche Nutzer mit der Verarbeitung seiner Daten beauftragt hat, sollten für diese Verarbeitung einen solchen Zugang erhalten. Daten, die dieselben gewerblichen Nutzer und dieselben Endnutzer dieser gewerblichen Nutzer im Rahmen anderer Dienste desselben Gatekeepers bereitgestellt oder generiert haben, können betroffen sein, sofern sie untrennbar mit der relevanten Anfrage verbunden sind. In diesem Zusammenhang sollte ein Gatekeeper keine vertraglichen oder sonstigen Beschränkungen anwenden, um gewerbliche Nutzer am Zugang zu relevanten Daten zu hindern. Ferner sollte er es gewerblichen Nutzern ermöglichen, die Einwilligung ihrer Endnutzer für den Zugang zu solchen Daten und Datenabfragen zu erhalten, wenn eine solche Einwilligung nach der Verordnung (EU) 2016/679 und der Richtlinie 2002/58/EG erforderlich ist. Gatekeeper sollten den Echtzeitzugang zu diesen Daten durch geeignete technische Maßnahmen sicherstellen, indem sie beispielsweise hochwertige Programmierschnittstellen einrichten.“

Damit wird zugleich deutlich, dass es keineswegs ausschließlich um den Zugang zu nicht personenbezogenen oder anonymisierten Daten geht, sondern auch um personenbezogene, da gerade diese in der digitalen Ökonomie zu Werbezwecken aber auch zur Entwicklung kundenspezifischer Produkte von essenzieller Bedeutung sind. Erwägungsgrund 56 führt das weiter

---

<sup>100</sup> COM(2020) 842 final 2020/0374 (COD).

<sup>101</sup> Siehe dazu Berberich/Seip (2021), S. 4; Kaesling (2021), S. 177; Kalbhenn/Hemmert-Halswick (2021), S. 184.

aus und adressiert das spezifische Problem des Zugangs zu Ranking-, Such-, Klick- und Anzeigedaten von Online-Suchmaschinen. Insoweit wird nicht nur das Problem des Datenschutzes, sondern auch das der Datenqualität adressiert, denn bei

„der Gewährleistung des Zugangs zu seinen Suchdaten sollte ein Gatekeeper den Schutz der personenbezogenen Daten von Endnutzern durch geeignete Mittel sicherstellen, ohne die Qualität oder die Nutzbarkeit der Daten wesentlich zu beeinträchtigen.

Vor dem Hintergrund dieser Zielausrichtung werden in Art. 6 und 7 des Verordnungsentwurfs Per-se-Regeln definiert, die für die – wenigen – Adressaten des Regelwerks unmittelbar greifen. Art. 6 und 7 unterscheiden sich nur dadurch, dass für die Vorgaben in Art. 7 noch ein spezifisches Konkretisierungsverfahren durch die Europäische Kommission vorgesehen ist. Im Einzelnen sieht Art. 6 Abs. 1 lit. f vor, dass die Gatekeeper Zugang zu bestimmten „Betriebssystemen, Hardware- oder Software-Funktionen“ ermöglichen müssen. Mit Blick auf den Zugang zu Daten normiert Art. 6 Abs. 1 lit. g den Spezialfall, dass der Zugangsverpflichtete „Werbetreibenden und Verlagen auf Antrag kostenlos Zugang zu seinen Instrumenten zur Leistungsmessung und zu den Informationen gewähren (muss), die sie benötigen, um ihre eigene unabhängige Überprüfung des Werbeinventars vorzunehmen“.

Sodann wird in Art. 6 Abs. 1 lit. h des Entwurfs die in der DS-GVO bereits vorgesehene Verpflichtung zur Datenportabilität dahingehend konkretisiert, dass diese einen permanenten Echtzeitdatenzugang gewährleisten muss. Ferner sieht Art. 6 Abs. 1 lit. i des Entwurfs vor, dass ein solcher permanenter Echtzeitdatenzugang auch für die vom gewerblichen Nutzer der Intermediärsdienste auf dieser Plattform selbst generierten (Kunden-)Daten eröffnet wird. Schließlich soll entsprechend der bereits angeführten Begründungserwägung 56 in Art. 6 Abs. 1 lit. j des Entwurfs gegenüber Suchmaschinen ein Antragsrecht auf „Zugang zu Ranking-, Such-, Klick- und Anzeigedaten in Bezug auf unbezahlte und bezahlte Suchergebnisse“ und zwar „zu fairen, zumutbaren und diskriminierungsfreien Bedingungen“ geschaffen werden. In den beiden letztgenannten Fällen wird auch jeweils das datenschutzrechtliche Problem adressiert, da es sich um personenbezogene Daten handelt. Insoweit wird im einen Fall auf die Einwilligung der Kunden gesetzt, im anderen Fall auf eine vorherige Anonymisierung.

#### **3.3.2.2.2 Zugangsverpflichtete: sehr marktmächtige Gatekeeper**

Die Spezifität des Ansatzes wird noch deutlicher bei einem näheren Blick auf den Adressatenkreis der Regelungen. Dies sind Anbieter von zentralen Plattformdiensten, die als Gatekeeper von ganz besonders großer Bedeutung für die Internetökonomie sind. Für die Identifikation der Regulierungsadressaten sieht die Verordnung in Art. 3 ein spezifisches Benennungsverfahren vor, das nach Absatz 1 jener Norm an den drei kumulativen Kriterien der erheblichen Binnenmarktrelevanz, der Gatekeeper-Funktion und der Persistenz dieser Position ausgerichtet ist.

Die nähere Konkretisierung dieser drei Erfordernisse im Absatz 2 der Bestimmung verweist auf die scharfe Einengung auf die ganz großen Anbieter, wenn für das erste Kriterium 6,5 Mrd. € Jahresumsatz oder alternativ ein Marktwert in Höhe von 65 Mrd. € verlangt wird, für das zweite Kriterium mindestens 45 Millionen aktive Endnutzerinnen und -nutzer und 10.000 gewerbliche Nutzer erforderlich sind, und das, um die Dauerhaftigkeit zu belegen und damit das dritte Kriterium zu erfüllen, über einen Zeitraum von mindestens drei Geschäftsjahren. So wird in der EU letztlich allenfalls ein Dutzend Unternehmen erfasst – allen voran die großen US-amerikanischen Intermediäre mit ihren Plattformen, also Amazon, Google, Facebook und Apple.

### 3.3.3 Zwischenergebnis

Insgesamt zeigt sich auch auf der unionalen Ebene im Bestand der bisherigen Regelungen des Primärrechts insbesondere im Rahmen der Missbrauchskontrolle nach Art. 102 AEUV, dass die hohen Hürden zu faktisch wenig relevanten Datenzugangsrechten führen. Auch die – im Übrigen gerade erst initiierte – sekundärrechtliche Gesetzesnovelle verweist auf einen sehr punktuellen und spezifischen Ansatz von Zugangsrechten zu Daten in sehr eng definierten Sonderfällen, die zudem nur die ganz großen Online-Intermediäre adressiert. Von einem umfassenden Datenzugangsrecht im Sinne einer Datenallmende ist dieser Ansatz sowohl *ratione materiae* als auch *ratione personae* demnach ebenfalls weit entfernt.

## 3.4 Steuerungsvorgaben aus den Grundrechten

Das wirft die Frage auf, inwiefern dieser sehr zurückhaltende Bestand an Zugangsrechten *de lege lata* im Fall einer ökonomischen Zweckmäßigkeit beziehungsweise deren Plausibilisierung *de lege ferenda* ausgebaut werden könnte und ob insoweit Grundrechtspositionen dem entgegenstehen. Dabei soll im Folgenden unterstellt werden, dass durch geeignete Maßnahmen, die sich besonders plastisch im Entwurf des Digital Markets Act (DMA) abzeichnen, für eine datenschutzrechtliche Kompatibilität durch Einwilligungen oder Anonymisierungen gesorgt wird. Daher sollen die Anforderungen aus den Datenschutzgrundrechten nicht näher vertieft, sondern die Restriktionen aus den Wirtschaftsgrundrechten ausgehend von der Grundrechtecharta (Abschnitte 3.4.1 – 3.4.4)<sup>102</sup> und noch knapp im Abgleich des Grundgesetzes (Abschnitt 3.4.5) fokussiert werden.

### 3.4.1 Vorbemerkung: Trias der Wirtschaftsgrundrechte der Grundrechtecharta als Kernvorgaben

Gemeinsam stellen die persönlichkeitsrechtlich verwurzelte Berufsfreiheit, die unternehmerische Betätigungsfreiheit und die auf natürliche und juristische Personen gleichermaßen bezogene Eigentumsfreiheit als „Trias der wirtschaftsbezogenen Grundrechte“<sup>103</sup> einen wichtigen Stützpfeiler der europäischen Wirtschaftsverfassung dar<sup>104</sup> und genießen einen umfassenden Schutz. Sie sind damit Prüfungsmaßstab jeglicher Ansätze der Normierung einer „Datenallmende“. Im Vordergrund beim hier vorliegenden Schutz vor Eingriffen in den Datenbestand stehen dabei die unternehmerische Freiheit aus Art. 16 der Grundrechtecharta (GRC) in Abschnitt 3.4.2 und die Eigentumsfreiheit aus Art. 17 GRC in Abschnitt 3.4.3. Die Berufsfreiheit aus Art. 15 GRC hat hingegen eine primär auf natürliche Personen ausgerichtete Schutzfunktion, die vorliegend weniger relevant ist und jedenfalls keine weiteren Schutzgehalte aufweist. Sie soll daher nicht weiter vertieft werden.

---

<sup>102</sup> Die Ausführungen gehen in Teilen zurück auf Kühling, Art. 15 GRC (Berufsfreiheit und Recht zu arbeiten), Art. 16 GRC (Unternehmerische Freiheit), und Art. 17 GRC (Eigentumsrecht), jeweils in: Pechstein et al. (2007).

<sup>103</sup> Siehe Frenz (2009b), Rn. 2652; Jarass (2021), EU-GR § 21, Rn. 2; so auch Martín y Pérez de Nanclares (2008), Art. 15 GRC, Anm. 1.

<sup>104</sup> Nowak, in: Heselhaus/Nowak (2019), § 31, Rn. 1; Bernsdorff, in: Meyer/Hölscheidt (2019), Art. 16 GRC, Rn. 1 und 9, spricht von den „wirtschaftsverfassungsrechtlichen“ Garantien; desgleichen Grabenwarter (2014), S. 17; Groussot et al. (2016) sehen diesen Zusammenhang aber als Grund für die von ihnen beobachtete Schwäche des Art. 16 GRC und weisen ihm eher eine Reservefunktion für Extremfälle zu; Wolffgang, in: Lenz/Borchardt (2012), Art. 16 GRC, Rn. 2, verweist gleichermaßen auf den Zusammenhang dieser zentralen wirtschaftlichen Grundrechte.

### 3.4.2 Unternehmerische Freiheit aus Art. 16 GRC

#### 3.4.2.1 Stoßrichtung der Freiheit

In der Literatur und teilweise bereits bestätigt in der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs (EuGH) hat sich eine Vielfalt von konkreten Schutzgehalten herauskristallisiert. So wird u.a. jegliche Art und Weise des Betriebs geschützt.<sup>105</sup> Insbesondere umfasst Art. 16 GRC das Recht jedes Unternehmers, frei über seine wirtschaftlichen, technischen und finanziellen Ressourcen verfügen zu können.<sup>106</sup> Einen weiteren Bereich stellt die Vertragsfreiheit<sup>107</sup> dar. Hier wird die Wahl des Vertragspartners<sup>108</sup> ebenso erfasst wie die inhaltliche Ausgestaltung des Vertrages<sup>109</sup> und insbesondere die Preisfestsetzung und die Fixierung der weiteren *essentialia negotii*.

Daran wird bereits deutlich, dass Datenteilungspflichten mit Einschränkungen der umfassend geschützten unternehmerischen Freiheit und insbesondere der Vertragsfreiheit und der freien Ausrichtung der Business-Pläne als Kernpositionen jener Freiheit einhergehen.

#### 3.4.2.2 Wettbewerbsbezug und Wettbewerbsfreiheit

Die unternehmerische Freiheit ist sodann auch wichtig zum Schutz des Wettbewerbs. Das Wettbewerbsprinzip ist dabei rechtlich und faktisch in einer auf Wettbewerb ausgerichteten Europäischen Union von großer Bedeutung. Das entspricht auch der hervorgehobenen Erwähnung der Kompetenzregeln in der Zuständigkeitsvorschrift des Art. 3 Abs. 1 lit. b AEUV zur Durchsetzung des in Art. 3 Abs. 3 UAbs. 1 Satz 1 EUV prominent angeführten Binnenmarktziels. Eine eigenständige Wettbewerbsfreiheit wurde – den mitgliedstaatlichen Traditionen in anderen EU-Verfassungen entsprechend – zwar nicht in die Grundrechtecharta aufgenommen. Die Erläuterungen zur Grundrechtecharta verweisen jedoch für Art. 16 GRC gerade auf jenen Art. 119 Abs. 1 AEUV, „in dem der freie Wettbewerb anerkannt wird“. Damit wird die Freiheit des Wettbewerbs als objektiv-rechtliches Prinzip der Europäischen Union hervorgehoben. Angesichts der Kontextualisierung mit einem abwehrrechtlich konzipierten Art. 16 GRC wird sie sodann unter teleologischen Gesichtspunkten aufgeladen und ergänzt um eine in der unternehmerischen Freiheit wurzelnde subjektiv-rechtlich geprägte Schutzdimension der Teilhabe an einem unverfälschten Wettbewerb und gewinnt insoweit eine hervorgehobene Rolle.<sup>110</sup>

---

<sup>105</sup> EuGH, Urteil vom 18.09.1986, Rs. 116/82 (Kommission/Deutschland), Slg. 1986, 2519, Rn. 27; Bernsdorff, in: Meyer/Hölscheidt (2019), Art. 16 GRC, Rn. 10a; Grabenwarter (2014), S. 21; Gundel (2016), S. 350; Jarass (2021), EU-GR, § 21, Rn. 6.

<sup>106</sup> EuGH, Urteil vom 27.03.2014, Rs. C-314/12 (UPC Telekabel Wien GmbH), ECLI:-EU:-C:-2014:192, Rn. 49; Urteil vom 30.06.2016, Rs. C-134/15 (Lidl), ECLI:-EU:-C:-2016:498, Rn. 27; zustimmend Blanke (2015), S. 27.

<sup>107</sup> EuGH, Urteil vom 18.07.2013, Rs. C-426/11 (Alemo-Herron), ECLI:-EU:-C:-2013:521, Rn. 32 mit sehr kritischen Anmerkungen von Weatherill, ERCL 2014, 167; EuGH, Urteil vom 17.10.2013, Rs. C-101/12 (Schaible), ECLI:-EU:-C:-2013:661, Rn. 25; GA Bot, Schlussanträge zu Rs. C-283/11 (Sky Österreich), ECLI:-EU:-C:-2012:341, Rn. 35; kritisch zu dieser Schutzbereichsdimension Prassl (2015), S. 195; siehe auch die Erläuterungen zur Charta der Grundrechte, ABL 2007, C 303/17 (23), unter Verweis auf EuGH, Urteil vom 16.01.1979, Rs. 151/78 (Sukkerfabriken Nykøbing), Slg. 1979, 1, Rn. 19 und Urteil vom 05.10.1999, Rs. C-240/97 (Spanien/Kommission), Slg. 1999, I-6609, Rn. 99, wobei nur die zweite Entscheidung explizit auf die Vertragsfreiheit eingeht; siehe auch die detaillierten Ausführungen bei Everson/Correia Gonçalves, in: Peers et al. (2014), EUCFR, Rn. 16.44-16.49; zur negativen Vertragsfreiheit Blanke (2015), S. 29; Schwarze (2012), S. 954f.; gegen eine umfassende Verbürgung der Vertragsfreiheit in Art. 16 GRC ausdrücklich Herresthal (2013), S. 99.

<sup>108</sup> EuGH, Urteil vom 05.10.1999, Rs. C-240/97 (Spanien/Kommission), Slg. 1999, I-6609, Rn. 99, in Bezug auf die Änderungsmöglichkeit von Verträgen; Frenz (2009a), S. 429; Ganglbauer (2013), S. 211; Schwarze (2012), S. 954.

<sup>109</sup> EuGH, Urteil vom 18.07.2013, Rs. C-426/11 (Alemo-Herron), ECLI:-EU:-C:-2013:521, Rn. 33f.; Grabenwarter (2014), S. 22.

<sup>110</sup> Noch offen gelassen bei Schmidt (2010), S. 194ff., auch mit weiteren Nachweisen zu der bisher umstrittenen Frage diesbezüglicher subjektiv-rechtlicher Elemente sowie umfassenden Hinweisen, dass der EuGH jenseits grundrechtlicher Verbürgungen bislang noch keine eigenständige Versubjektivierung des Wettbewerbsprinzip vorgenommen hat, S. 139 ff.; ebenso auf die bisher durch den EuGH noch nicht erfolgte Anerkennung der Wettbewerbsfreiheit als subjektives Recht hinweisend Grabenwarter (2014), Bd. 2, § 13, Rn. 32; ders., S. 23 (Wettbewerbsfreiheit als „Auffangtatbestand“); Blanke (2015), S. 31 f.; Gundel (2016), S. 353; Schwarze (2012), S. 955;



Die Betonung der Wettbewerbsbezugs ist dabei im vorliegenden Kontext durchaus ambivalent, da dieser für einen Schutz gegenüber Datenzugangsinteressen der Wettbewerber ebenso streiten kann wie für weit gefasste Zugriffsrechte der Konkurrenten, um den Wettbewerb zu stimulieren.

### 3.4.2.3 Weiter Eingriffsbegriff

Bei der Prüfung eines Eingriffs ergeben sich keine besonders strengen Anforderungen. Insbesondere lässt der Verweis auf die „einzelstaatlichen Rechtsvorschriften und Gepflogenheiten“ nicht den Eingriffscharakter darauf gestützter Maßnahmen entfallen. So ist ebenfalls ein weiter Eingriffsbegriff zugrunde zu legen, der sowohl unmittelbare als auch mittelbare Eingriffe erfasst.<sup>111</sup> Dies entspricht der Situation beim Schutz gemäß Art. 15 GRC, der gleichermaßen nicht nur vor direkten beziehungsweise unmittelbaren Eingriffen schützt, sondern auch mittelbare Beeinträchtigungen im Sinne entsprechender indirekter und tatsächlicher Verkürzungen des grundrechtlichen Schutzbereichs erfasst. Der EuGH hat diese umfassende Schutzwirkung schon in der Rechtsprechung vor Inkrafttreten der GRC deutlich gemacht.<sup>112</sup> Dem entspricht die explizite Rechtsprechung des Gerichts der Europäischen Union (EuG).<sup>113</sup> Das weite Eingriffsverständnis ist auch aus teleologischen Gründen überzeugend, da indirekte Beeinträchtigungen eine hohe Belastungswirkung aufweisen können.

Vorliegend ebenfalls von Bedeutung ist der Umstand, dass nach einer zögerlichen Rechtsprechung der EuGH im Fall einer Offenlegungspflicht<sup>114</sup> jedenfalls nochmals klargestellt hat, dass der Schutz der Geschäftsgeheimnisse einen allgemeinen Grundsatz des Unionsrechts darstellt<sup>115</sup>.

### 3.4.2.4 Eingriffsrechtfertigung

Auf der Stufe der Eingriffsrechtfertigung fällt allerdings auf, dass die Zahl der am Maßstab der unternehmerischen Freiheit oder Berufsfreiheit verworfenen Maßnahmen überschaubar ist.<sup>116</sup> Dies ist jedoch vorwiegend dem Umstand geschuldet, dass der EuGH den Unionsorganen (und auch den Mitgliedstaaten) gerade in Fragen der Marktordnungen in nachvollziehbarer Art und Weise einen weiten Spielraum gewährt. Das gilt insgesamt in Fällen komplexer wirtschaftlicher Sachverhalte<sup>117</sup> und bedingt insbesondere auch einen Spielraum bei der Bewertung und Gewichtung kollidierender Schutzgüter in multipolaren Grundrechtskonflikten sowie bei der Bewertung der Intensität von

---

anderer Ansicht als hier Usai (201), S1877; im Ergebnis wie hier Frenz (2009b), Rn. 2716 f.; ebenso schon früh Nowak, in: Heselhaus/Nowak (2019), § 31, Rn. 34; siehe auch in Anerkennung der unternehmerischen Freiheit als „Quasi-Recht“ („quasi-right“, „quasi subjective right“) Everson/Correia Gonçalves, in: Peers et al. (2014), EUCFR, Rn. 16.33 und 16.40f.; ausführlich hierzu und mit demselben Ergebnis wie hier auch Ganglbauer (2013), S. 211-213.

<sup>111</sup> Anderer Ansicht Shmatenko (2014), S. 13.

<sup>112</sup> Grundlegend EuGH, Urteil vom 18.09.1986, Rs. 116/82 (Kommission/Deutschland), Slg. 1986, 2529, Rn. 27ff.), und dazu überzeugend Nowak, in: Heselhaus/Nowak (2019), § 30, Rn. 52; siehe auch EuGH, Urteil vom 10.07.1991, verb. Rs. C-90/90 u. C-91/90 (Neu), Slg. 1991, I-3617, Rn. 13 (Erschwerung durch Erzeugerwechsel in einem Molkereifall) und Urteil vom 30.07.1996, Rs. C-84/95 (Bosphorus), Slg. 1996, I-3978, Rn. 22.

<sup>113</sup> EuG, Urteil vom 29.01.1998, Rs. T-113/96 (Dubois et fils), Slg. 1998, II-129, Rn. 75; Urteil vom 26.09.2014, Rs. T-629/13 (Molda AG/-Kommission), ECLI:-EU:-T:-2014:-834, Rn. 56.

<sup>114</sup> Der EuGH lässt hier offen, ob die dortige Offenlegungspflicht eine grundrechtsrelevante „hinreichend direkte und bedeutsame Auswirkung“ zeitigt, EuGH, Urteil vom 23.09.2004, Rs. C-435/02 (Springer), Slg. 2004, I-8663, Rn. 49.

<sup>115</sup> EuGH, Urteil vom 29.03.2013, Rs. C-1/11 (Interseroh Scrap), ECLI:-EU:-C:-2012:194, Rn. 44.

<sup>116</sup> Siehe insbesondere EuGH, Urteil vom 13.07.1989, Rs. 5/88 (Wachauf), Slg. 1989, 2609, Rn. 22; Urteil vom 10.07.1991, Rs. C-90/90 (Neu), Slg. 1991, I-3617, Rn. 13 (bezogen auf die gemeinschaftsweite Organisation der Zuweisung von Referenzmengen an Molkereien); so auch die Einschätzung von Oliver (2013), S. 288, 298f.; Prassl (2015), S. 196; Weatherill (2014), S. 180.

<sup>117</sup> Für den Fall der Agrarpolitik EuGH, Urteil vom 05.10.1994, Rs. C-280/93 (Bananen), Slg. 1994, I-4973, Rn. 89; Urteil vom 17.10.2013, Rs. C-101/12 (Herbert Schaible gegen Land Baden-Württemberg), ECLI:-EU:-C:-2013:-661, Rn. 47ff.; siehe mit weiteren Nachweisen aus der Rechtsprechung des EuGH auch Jarass (2021), EU-GR, § 21, Rn. 29.

Eingriffen. Unabhängig davon zeichnet sich – parallel zur Eigentumsfreiheit (Abschnitt 3.4.3) – bislang nur in Einzelfällen eine stärkere Sensibilität des EuGH für entsprechende Grundrechtsanliegen auch in diesem Feld ab, und die Prüfungen werden ausdifferenzierter. Ähnlich wie mit Blick auf die Berufsfreiheit hat der EuGH dabei jedoch gegenläufige Interessen stark gewichtet und die unternehmerische Freiheit zurückgedrängt.

### **3.4.2.5 Insbesondere: Rechtfertigung von Eingriffen in Verfügungsrechte**

Im vorliegenden Kontext interessant sind dabei insbesondere Entscheidungen, die Eingriffe in die Verfügungsrechte betreffen.

#### **3.4.2.5.1 Das Beispiel des Kurzberichterstattungsrechts zu Zusatzkosten**

Allerdings gibt es – soweit ersichtlich – bislang noch keine Rechtsprechung zum Zugang zu Datensätzen, sehr wohl aber zu Senderechten als ebenfalls wertvolle Güter der Informationsgesellschaft. So sieht die alte Fernsehrichtlinie<sup>118</sup> und jetzige Audiovisuelle-Mediendienste-Richtlinie<sup>119</sup> eine Regelung dahingehend vor, dass die Inhaber der exklusiven Übertragungsrechte Dritten ein Kurzberichterstattungsrecht einräumen müssen. Als Gegenleistung können die Rechteinhaber dafür nur die Zusatzkosten verlangen, die durch die Einräumung des Kurzberichterstattungsrechts (v.a. durch den Zugang zum Signal) entstehen. Eine Beteiligung an den Kosten für den Erwerb der Exklusivrechte ist damit ausgeschlossen. Diese Regelung hat der EuGH gebilligt und dabei seine Verhältnismäßigkeitsprüfung auf die unternehmerische Freiheit aus Art. 16 GRC beschränkt, die er zugunsten einer stark betonten Notwendigkeit der Pluralismussicherung nach Art. 11 Abs. 2 GRC allerdings sehr weit zurückgedrängt hat.<sup>120</sup> Hier hätte man sicher auch eine weiter reichende Kostenerstattungsverpflichtung aus der unternehmerischen Freiheit ableiten können.<sup>121</sup> In horizontaler Gewaltenteilungsperspektive ist diese Wahrung des legislativen Gestaltungsspielraums der Unionsorgane jedoch nachvollziehbar.

#### **3.4.2.5.2 Filtersysteme zur Vermeidung von Urheberrechtsverletzungen**

Anders hat der EuGH im Streit um die Pflicht von Plattformbetreibern entschieden, Filtersysteme zur Vermeidung von Urheberrechtsverletzungen einzusetzen, die der EuGH als unverhältnismäßig ansah.<sup>122</sup> Hier stand auf der einen Seite der Abwägung der Schutz des geistigen Eigentums der Inhalteanbieter, die eine entsprechende Verpflichtung verlangten. Auf der anderen Seite stand die unternehmerische Freiheit der Plattformbetreiber aus Art. 16 GRC. Dabei dürfte allerdings eine wichtige Rolle gespielt haben, dass ergänzend der Datenschutz der Plattformnutzer aus Art. 8 GRC und erneut die Pluralismussicherung aus Art. 11 Abs. 2 GRC gegen eine entsprechende Verpflichtung stritten.<sup>123</sup> Zudem war die angestrebte Pflicht sehr weitreichend. In einem späteren, ähnlich gelagerten Fall, in denen Internet-Diensteanbieter per gerichtlicher Anordnung verpflichtet wurden, Maßnahmen zum Schutz von Urheberrechten Dritter zu ergreifen, sah der EuGH diese Pflicht als

---

<sup>118</sup> RL 89/552/EWG vom 03. 10.1989 i. d. F. der RL 97/36/EG v. 30. 06.1997.

<sup>119</sup> RL 2010/13/EU vom 10.03.2010.

<sup>120</sup> EuGH, Urteil vom 22.01.2013, Rs. C-283/11 (Sky Österreich), ECLI:-EU:-C:-2012:341, Rn. 34ff.; siehe dazu die Anmerkungen von Anagnostaras (2014), S. 111; GA Bot, Schlussanträge zu Rs. C-283/11 (Sky Österreich), ECLI:-EU:-C:-2012:-341, Rn. 41ff.

<sup>121</sup> So auch Wagner (2014), S. 485-487.

<sup>122</sup> EuGH, Urteil vom 24.11.2011, Rs. C-70/10 (Scarlet Extended), Slg. 2011, I-11959, Rn. 43ff.; siehe auch das Nachfolgeurteil vom 16.02.2012, Rs. C-360/10 (SABAM), ECLI:-EU:-C:-2012:85, Rn. 40ff.

<sup>123</sup> Oliver (2013), S. 291 schreibt diesen Grundrechten hingegen nur „supporting roles“ zu; ebenso Groussot et al. (2016).

verhältnismäßig an, weil den Internet-Diensteanbietern die Wahl der Mittel zur Sicherung der Urheberrechte freigestellt wurde.<sup>124</sup>

#### **3.4.2.5.3 *Datenschutz als starker Gegenbelang***

Insgesamt lässt sich im Bereich der Informationsgesellschaft eine Bereitschaft der Rechtsprechung erkennen, Grundrechte wirtschaftlicher wie nicht-wirtschaftlicher Art zu berücksichtigen und mit den Wettbewerbsregeln abzuwägen. Allerdings wurde in einigen naheliegenden Fällen Art. 16 GRC nicht in Bezug genommen. Im Fall Google Spain<sup>125</sup> zum sogenannten „Recht auf Vergessenwerden“ entschied der EuGH, dass Suchmaschinenbetreiber zur Löschung personenbezogener Daten verpflichtet sind, ging jedoch nicht darauf ein, inwieweit diese Pflicht das Recht der Suchmaschinenbetreiber aus Art. 16 GRC verletzen könnte.<sup>126</sup> Auch im Urteil Schrems<sup>127</sup>, in dem der EuGH aus Gründen des Datenschutzes die Safe-Harbor-Entscheidung der Kommission, die einen erleichterten Datenaustausch zwischen den USA und der EU erlaubte, für ungültig erklärte, erwähnte er die Grundrechte der Unternehmen, die auf Grundlage der Entscheidung am Datenaustausch beteiligt waren, aus Art. 16 GRC nicht näher. Damit lässt sich die Rechtsprechungslinie im Datenschutzrecht so verstehen, dass Privatheitsbelange besonders wichtig sind, während ebenso berechnete, teils konfligierende unternehmerische Interessen an einer Datenverarbeitung eher als geringer geschützt anzusehen sind. Mit Blick auf die Verpflichtung, WLAN-Netze zu sichern, um Urheberrechtsverletzungen zu vermeiden, hat Generalanwalt Szpunar dagegen die unternehmerische Freiheit des betroffenen Diensteanbieters aus Art. 16 GRC sehr stark gewichtet und die eigentumsrechtlichen Belange des Urheberrechtsinhabers zurückgedrängt.<sup>128</sup> Hier gelangt die abweichende Bewertung des EuGH schon eher zu einer angemessenen Gewichtung. In der Sache hält der EuGH die Verpflichtung des WLAN-Betreibers, von den Nutzern eine Personalisierung im Rahmen einer Passworteingabe zu verlangen, für angemessen.<sup>129</sup> So wird zwar die unternehmerische Freiheit des Betreibers beschränkt (und auch die Informationsfreiheit der Nutzer sowie deren nicht näher berücksichtigte Datenschutzpositionen). Dies ist aber angesichts der berechtigten Eigentumsinteressen der Urheberrechtsinhaber gerechtfertigt. Insofern ist der künftige Stellenwert der unternehmerischen Freiheit gegenwärtig unklar.

#### **3.4.2.5.4 *Verbraucherschutz als starker Gegenbelang***

Schließlich vermag der Verbraucherschutz strenge Eingriffe in die unternehmerische Freiheit aus Art. 16 GRC zu rechtfertigen.<sup>130</sup> So hat der EuGH im Fall McDonagh weitreichende, sekundärrechtlich in der Verordnung (EG) Nr. 261/2004 normierte Pflichten zur Unterstützung der Fluggäste im Fall der Annullierung eines Fluges aufgrund außergewöhnlicher Umstände (Ausbruch des isländischen Vulkans Eyjafjallajökull) in Anbetracht der hohen Bedeutung des in Art. 38 GRC vorgesehenen Verbraucherschutzes als gerechtfertigt angesehen.<sup>131</sup>

---

<sup>124</sup> EuGH, Urteil vom 27.03.2014, Rs. C-314/12 (UPC Telekabel Wien GmbH), ECLI:-EU:-C:-2014:192, Rn. 52ff.

<sup>125</sup> EuGH, Urteil vom 13.05.2014, Rs. C-131/12 (Google Spain), ECLI:-EU:-C:-2014:317.

<sup>126</sup> Vgl. näher hierzu Kühling (2014), S. 529.

<sup>127</sup> EuGH, Urteil vom 06.10.2015, Rs. C-362/14 (Schrems), ECLI:-EU:-C:-2015:650; vgl. hierzu Kühling/Heberlein (2016). S.7.

<sup>128</sup> GA Szpunar, Schlussanträge zu Rs. C-484/14 (McFadden), ECLI:-EU:-C:-2016:170, Rn. 137ff.

<sup>129</sup> EuGH, Urteil vom 15.09.2016, Rs. C-484/14 (McFadden), ECLI:-EU:-C:-2016:-689, Rn. 99.

<sup>130</sup> EuGH, Urteil vom 17.12.2015, Rs. C-157/14 (Neptune Distribution SNC), ECLI:-EU:-C:-2015:-823, Rn. 72f.; Urteil vom 30.06.2016, Rs. C-134/15 (Lidl), ECLI:-EU:-C:-2016:-498, Rn. 35ff.

<sup>131</sup> EuGH, Urteil vom 31.01.2013, Rs. C-12/11 (Denise McDonagh), ECLI:-EU:-C:-2013:43, Rn. 59ff., auch unter Verweis auf die bereits zuvor erfolgenden Erörterungen des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes (Rn. 45ff.), in dessen Rahmen der EuGH darauf hinweist, dass diese Kosten in dynamischer Perspektive über die künftigen Ticketpreise an die Endkunden weitergegeben werden können.

### 3.4.3 Eigentumsfreiheit aus Art. 17 GRC

#### 3.4.3.1 Zunehmendes Erstarken der Eigentumsgarantie

Die Eigentumsfreiheit ist in der freiheitlichen Wirtschaftsordnung der Europäischen Union von besonders zentraler Bedeutung.<sup>132</sup> Sie wurde vom EuGH – gerade auf Drängen deutscher Gerichte – auch frühzeitig als allgemeiner Rechtsgrundsatz anerkannt.<sup>133</sup> Dabei konnte der Gerichtshof auf umfassende Verfassungstraditionen zum Schutz der Eigentumsfreiheit der Mitgliedstaaten zurückgreifen.<sup>134</sup> Die Eigentumsgarantie wurde immer wieder sowohl in Gerichtsverfahren als auch zunehmend im politischen Diskurs als Schranke legislativer Maßnahmen artikuliert.<sup>135</sup> Dabei belässt der EuGH dem Unionsgesetzgeber und den Mitgliedstaaten im Rahmen der Ausgestaltung wirtschaftspolitischer Eingriffe hier wie bei der unternehmerischen Freiheit einen beachtlichen Spielraum. Die Rechtsprechung seit Inkrafttreten des Lissabonner Vertrages im Jahr 2009 zeigt jedoch eine zunehmende Sensibilität für Fragen des Eigentumsschutzes. Auch in der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte (EGMR) ist die erst durch das 1. Zusatzprotokoll in den europäischen Grundrechtsschutz aufgenommene Eigentumsgarantie inzwischen verstärkt in den Fokus gerückt und mittlerweile dogmatisch umfassend ausgeformt worden.<sup>136</sup>

Art. 17 GRC orientiert sich sehr weitgehend an der Regelung in Art. 1 ZP I zur Europäischen Menschenrechtskonvention (EMRK)<sup>137</sup> und gliedert sich in Absatz 1 gleichermaßen in eine dreiteilige Struktur<sup>138</sup>: Satz 1 enthält die allgemeine Eigentumsgarantie. Satz 2 sieht einen qualifizierten Gesetzesvorbehalt für den Eigentumsentzug vor. Satz 3 normiert schließlich einen allgemeinen Gesetzesvorbehalt für die Eigentumsnutzung am Maßstab der Allgemeinwohlorientierung. Diese dreiteilige Struktur des Absatzes 1 wird in Absatz 2 um den als besonders relevant angesehenen Schutz des geistigen Eigentums ergänzt, dessen Schutzbereichserfassung im Rahmen der allgemeinen Eigentumsgarantie nach Abs. 1 Satz 1 ausdrücklich abgesichert wird.

Mit der expliziten textlichen Ausgangsgrundlage und der jüngeren Rechtsprechung seit Inkrafttreten des Lissabonner Vertrages gehören fundamentale Auseinandersetzungen über die Frage, ob der EuGH eine ungenügende Minimalkontrolle durchführt,<sup>139</sup> weitgehend<sup>140</sup> der Vergangenheit an. Längst kommt der Eigentumsfreiheit nämlich eine gestiegene Bedeutung im Rahmen der Auflösung komplexer Konflikte sowohl in bipolaren als auch in – den vorliegend relevanten – multipolaren

---

<sup>132</sup> So Calliess in: Calliess/Ruffert (2016), EUV/AEUV, Art. 17 GRC, Rn. 1; Jarass (2021), EU-GR, § 22, Rn. 2.

<sup>133</sup> Zuerst in EuGH, Urteil vom 13.12.1979, Rs. 44/79 (Hauer), Slg. 1979, 3727, Rn. 19.

<sup>134</sup> So Bernsdorff, in: Meyer/Hölscheidt (2019), Art. 17 GRC, Rn. 2; Depenheuer, in: Tettinger/Stern, (2006), Art. 17 GRC, Rn. 19; Günter (1998), S. 50ff.

<sup>135</sup> Siehe etwa EuGH, Urteil vom 06.12.2005, verb. Rs. C-453/03 u. a. (ABNA u. a.), Slg. 2005, I-10423, Rn. 69; Urteil vom 03.09.2008, verb. Rs. C-402/05 P und C-415/05 P (Kadi), Slg. 2008, I-6351, Rn. 360; Urteil vom 09.09.2008, verb. Rs. C-120/06 P und C-121/06 P (FIAMM), Slg. 2008, I-6513, Rn. 181; EUG, Urteil vom 02.03.2010, Rs. T-16/04 (Arcelor), Slg. 2010, II-211, Rn. 168; im Bereich der Terrorismusabwehr EuG, Urteil vom 19.05.2010, Rs. T-181/08 (Za/Rat), Slg. 2010, II-1965, Rn. 159; für die Agrarpolitik insbesondere EuGH, Urteil vom 12.05.2005, Rs. C-347/03 (ERSA), Slg. 2005, I-3785, Rn. 131.

<sup>136</sup> Vgl. hierzu umfassend Mittelberger (2001), S. 364; zur Konkretisierung des Eigentumsbegriffs durch den EGMR vgl. auch Frenz (2009b), Rn. 2787; eine Auswahl der vom EGMR zur Eigentumsfreiheit gefällten Urteile findet sich bei Rengeling/Szczekalla (2004), vor § 20.

<sup>137</sup> Dies betonen auch die Erläuterungen zur Charta der Grundrechte, ABl. 2007, C 303/17 (23), verweisen jedoch darauf, dass der Text „zeitgemäßer gestaltet“ worden sei.

<sup>138</sup> So zutreffend Bernsdorff, in: Meyer/Hölscheidt (2019), Art. 17 GRC, Rn. 14, mit umfassenden Hinweisen zur Genese in den Rn. 6ff.; zur Genese ebenfalls Depenheuer, in: Tettinger/Stern (2006), Art. 17 GRC, Rn. 1ff.

<sup>139</sup> Siehe etwa die Kritik von Nettesheim (1995), S. 107; exemplarisch etwa die Formulierung in EuGH, Urteil vom 06.12.1984, Rs. 59/83 (Biovilac), Slg. 1984, 4057, Rn. 22: „Die von der Kommission erlassenen Maßnahmen entziehen der Klägerin weder ihr Eigentum noch dessen freie Nutzung und tasten somit den Wesensgehalt dieser Rechte nicht an.“

<sup>140</sup> Verhaltene Bewertung bei Calliess, in: Calliess/Ruffert (2016), Art. 17 GRC, Rn. 36ff.

Grundrechtskonflikten zu. Im Bereich multipolarer Grundrechtskonflikte können seit Inkrafttreten der Grundrechtecharta eine ganze Reihe wichtiger Themengebiete angeführt werden, in denen die Rechtsprechung für den vorliegenden Kontext extrapolationsfähige Aussagen getroffen hat, namentlich im bereits erwähnten Streit um die Verpflichtung von Internetzugang-Diensteanbietern zur Einrichtung von Filtersystemen zur Vermeidung urheberrechtsverletzender Dateiweitergaben,<sup>141</sup> der Reichweite von Free-TV-Listen,<sup>142</sup> der Aufteilung der Verwertungsrechte an Filmen zwischen dem Hauptregisseur und dem Produzenten<sup>143</sup> und dem bereits erwähnten Kurzberichterstattungsrecht auf der Basis von Zusatzkosten im Fall exklusiver Fernsehübertragungslizenzen.<sup>144</sup> Hier gilt es, anspruchsvolle Konflikte zwischen der Eigentumsgarantie auf der einen Seite und wichtigen gegenläufigen Grundrechtspositionen wie dem Datenschutz oder der Pluralismussicherung auf der anderen Seite aufzulösen – ähnlich wie bei Fragen der Einführung einer „Datenallmende“.

### 3.4.3.2 Erfasste Schutzpositionen

Der Wortlaut des Art. 17 Abs. 1 Satz 1 GRC verweist nur auf den Schutz des „erworbenen“ Eigentums und schließt damit zunächst den Eigentumserwerb selbst vom Eigentumsbegriff aus. Das entspricht dem Verständnis des Art. 1 ZP I zur EMRK in der Rechtsprechung des EGMR.<sup>145</sup> Insoweit sind andere Grundrechtspositionen wie die unternehmerische Freiheit aus Art. 16 GRC anwendbar. Gleichwohl sind die bereits vorhandenen („erworbenen“) Eigentumspositionen oftmals Grundlage des weiteren Eigentumsaufbaus und genießen insoweit über die Garantie der Nutzung des Eigentums sehr wohl einen Schutz auch beim Eigentumserwerb.<sup>146</sup>

Ausgeschlossen werden unabhängig davon bloße Erwerbshoffnungen, kaufmännische Interessen oder Aussichten.<sup>147</sup> Zuletzt hat der EuGH etwa festgestellt, dass der Erwerb einer durch Unionsrecht „reduzierten“ Rechtsposition, nämlich eines mit einem Kurzberichterstattungsrecht zu Zusatzkosten befrachteten exklusiven Fernsehübertragungsrechts, dazu führt, dass nur jene reduzierte Rechtsposition eigentumsrechtlich geschützt ist und der Rechtserwerber nicht eine verpflichtungsfreie Rechtsposition reklamieren kann.<sup>148</sup> Nur wenn demnach bereits gesicherte Rechtspositionen<sup>149</sup> oder fällige Forderungen vorliegen, weil etwa bereits entsprechende anspruchsbegründende Leistungen erbracht worden sind, bestehen schützenswerte Rechtspositionen.<sup>150</sup> Nicht geschützt sind dagegen nach der Rechtsprechung des EuGH wiederum bloße kommerzielle Vorteile etwa aus der Zuteilung von Referenzmengen im Rahmen der

---

<sup>141</sup> EuGH, Urteil vom 16.02.2012, Rs. C-360/10 (SABAM), ECLI:-EU:-C:-2012:85, Rn. 40ff.; mit Schwerpunkt auf der deutschen Rechtslage siehe Hofmann (2016), S. 769.

<sup>142</sup> EuG, Urteil vom 17.02.2011, Rs. T-55/08 (UEFA/Kommission), Slg. 2011, II-271, Rn. 17; bestätigt in EuGH, Urteil vom 18.07.2013, Rs. C-201/11 P (UEFA/Kommission), ECLI:-EU:-C:-2013:519, Rn. 101ff.

<sup>143</sup> EuGH, Urteil vom 09.02.2012, Rs. C-277/10 (Luksan), ECLI:-EU:-C:-2012:65, Rn. 68ff.

<sup>144</sup> EuGH, Urteil vom 22.01.2013, Rs. C-283/11 (Sky Österreich), ECLI:-EU:-C:-2013:28, Rn. 34ff.

<sup>145</sup> EGMR, Urteil vom 02.03.2005, Beschwerde-Nr. 71916/01 u. a. (Maltzan u. a./Deutschland), NJW 2005, 2530, Rn. 74 b; so auch GA Bot, Schlussanträge zu Rs. C-283/11 (Sky Österreich), ECLI:-EU:-C:-2012:-341, Rn. 28 (unter ausdrücklichem Hinweis auf Art. 52 Abs. 3 GRC).

<sup>146</sup> So zutreffend Frenz (2009b), Rn. 2823 f.; vgl. auch Bernsdorff, in: Meyer/Hölscheidt (2019), Art. 17 GRC, Rn. 17; Streinz, in: Streinz (2018), Art. 17 GRC, Rn. 17.

<sup>147</sup> Grundlegend EuGH, Urteil vom 14.05.1974, Rs. 4/73 (Nold), Slg. 1974, 491, Rn. 14 (allerdings mit Blick auf die Berufsfreiheit); EuGH, Urteil vom 18.03.1980, Rs. 154/78 (Valsabbia/Kommission), Slg. 1980, 907, Rn. 89.

<sup>148</sup> EuGH, Urteil vom 22.01.2013, Rs. C-283/11 (Sky Österreich), ECLI:-EU:-C:-2013:28, Rn. 34ff.

<sup>149</sup> EuGH, Urteil vom 22.01.2013, Rs. C-283/11 (Sky Österreich), ECLI:-EU:-C:-2013:28, Rn. 34f.

<sup>150</sup> Dazu Depenheuer, in: Tettinger/Stern (2006), Art. 17 GRC, Rn. 27 mit weiteren Nachweisen.

europäischen Landwirtschaftspolitik, sofern diese nicht entgeltlich erworben wurden.<sup>151</sup> Auch hier ist die Abgrenzung jedoch im Einzelnen schwierig, da eine normative Umhegung eines Marktes und die Gewährung von Marktzutrittsrechten durch ein Referenzmengensystem vermögensrelevante Dispositionen des Marktteilnehmers auslösen und für dessen Unternehmenswert von Bedeutung sind.<sup>152</sup> Jedenfalls wird dann aber ein Schutz aus der unternehmerischen Freiheit nach Art. 16 GRC greifen. Dies wird mit Blick auf die Schaffung von Datenteilungspflichten durchaus relevant sein, da diese für künftige Datenbestände durchaus als nicht geschützte Rechtsposition verstanden werden könnte. Allerdings wird die eigene Leistung beim Aufbau entsprechender Datenbestände dafür streiten, dass auch insoweit grundsätzlich von einem Schutz auszugehen ist. Jedoch ist dieser geringer als in Bezug auf bestehende Datenbestände.

### **3.4.3.3 Insbesondere „geistiges Eigentum“**

Das im vorliegenden Kontext besonders relevante geistige Eigentum hat schon in der Rechtsprechung vor Inkrafttreten der Grundrechtecharta als anerkanntes Element des Eigentums<sup>153</sup> eine wichtige Rolle gespielt. Dies wird nunmehr in der eigenständigen Erwähnung in Art. 17 Abs. 2 GRC nochmals hervorgehoben. Zudem ist die unionsrechtliche Überformung und Ausgestaltung durch Sekundärrecht hier besonders weit vorangeschritten,<sup>154</sup> was auch die Erläuterungen zur Charta der Grundrechte als Hauptgrund für die explizite Aufnahme in den Chartatext anführen.<sup>155</sup> Im Vergleich zu den übrigen Rechtspositionen soll daraus gemäß den Erläuterungen des Präsidiums aber keine Schutzverstärkung folgen.<sup>156</sup> Das wäre auch kaum zu rechtfertigen,<sup>157</sup> kann das geistige Eigentum grundrechtshistorisch doch gerade keine erhöhte Schutzintensität reklamieren<sup>158</sup> und bedarf einer solchen auch nicht. Das gilt gleichermaßen für etwaige Schutzpflichten, die in Bezug auf das geistige Eigentum nicht prinzipiell weiter greifen als etwa hinsichtlich des Sacheigentums, sondern allenfalls angesichts geringerer rechtlicher und faktischer Schutzbestimmungen möglicherweise eher gefordert sein werden. Auch in der Rechtsprechung des EuGH lässt sich daher zu Recht kein privilegierter Schutzzumfang ausmachen.

Der Begriff des geistigen Eigentums ist im Übrigen weit gefasst. Das entspricht den Hinweisen in den Erläuterungen zur Charta der Grundrechte. Diese verweisen<sup>159</sup> auf literarische und künstlerische Eigentumsrechte, also entsprechende Urheberrechte<sup>160</sup> einschließlich Verlags- und Filmrechten,<sup>161</sup>

---

<sup>151</sup> EuGH, Urteil vom 20.11.2003, Rs. C-416/01 (ACOR), Slg. 2003, I-14083, Rn. 50; ferner etwa Urteil vom 26.10.2006, Rs. C-275/05 (Kibler), Slg. 2006, I-10582, Rn. 27.

<sup>152</sup> Darauf weist zu Recht wiederum Frenz (2009b), Rn. 2850f. hin.

<sup>153</sup> Siehe etwa EuGH, Urteil vom 20.10.1993, verb. Rs. C-92/92 u. C-326/92 (Phil Collins), Slg. 1993, I-5145, Rn. 20 f.; Urteil vom 28.04.1998, Rs. C-200/96 (Metronome Musik), Slg. 1998, I-1953, Rn. 21ff.

<sup>154</sup> Vgl. hierzu etwa die Darstellung der Rechtsangleichung auf EU-Ebene hinsichtlich gewerblicher Schutzrechte bei Nordemann, in: Loewenheim et al. (2016), 3. Teil, Rn. 2ff.

<sup>155</sup> ABL 2007, C 303/17 (23).

<sup>156</sup> ABL 2007, C 303/17 (23).

<sup>157</sup> Ebenso Depenheuer, in: Tettinger/Stern (2006), Art. 17 GRC, Rn. 29; Frenz (2009b), Rn. 2852.

<sup>158</sup> Sie dazu die Hinweise bei Heselhaus, in: Heselhaus/Nowak (2019), § 32, Rn. 38.

<sup>159</sup> ABL 2007, C 303/17 (23).

<sup>160</sup> Dazu auch EuGH, Urteil vom 20.10.1993, verb. Rs. C-92/92 und C-326/92 (Phil Collins), Slg. 1993, I-5145, Rn. 21; Urteil vom 28.04.1998, Rs. C-200/96 (Metronome Musik), Slg. 1998, I-1953, Rn. 22ff.; Urteil vom 24.11.2011, Rs. C-70/10 (Scarlet Extended), Slg. 2011, I-11959, Rn. 42; die Bedeutung der Anlehnung an die Rechtsprechung des EGMR stellt Ziegenhorn (2013), S. 352, heraus; ebenso das Petitum von Groussot et al. (2016) im Hinblick auf Art. 52 Abs. 3 GRC; Urteil vom 16. 2. 2012, Rs. C-360/10 (SABAM), ECLI:EU:C:2012:85, Rn. 40f.; Urteil vom 27.03.2014, Rs. C-314/12 (UPC Telekabel Wien GmbH), ECLI:EU:C:2014:192, Rn. 47.

<sup>161</sup> Zu Letzterem etwa EuGH, Urteil vom 09.2.2012, Rs. C-277/10 (Luksan), ECLI:EU:C:2012:65, Rn. 68ff.

das Patent<sup>162</sup> und Markenrecht<sup>163</sup> sowie die verwandten Schutzrechte.<sup>164</sup> Ergänzend sind Warenzeichen,<sup>165</sup> Geschmacks- und Gebrauchsmuster und Modelle<sup>166</sup> sowie Sortenschutzrechte<sup>167</sup> anzuführen, wobei die nähere Bestimmung in den mitgliedstaatlichen Rechtsordnungen unterschiedlich ausdifferenziert wird. Hier zeigt sich die normative Prägung des Eigentumsbegriffs, da die freie und allgemeine Nutzung durch Dritte oder umgekehrt eine exklusive Nutzung und der Schutz gegenüber Dritten selbst rechtlich bestimmt wird. Auch der Wert einer entsprechenden Position folgt dann aus der rechtlich normierten Exklusivität.

Auch hieraus wird sich wiederum ableiten lassen, dass der Schutz bei der Ausgestaltung von Datenteilungspflichten für künftig noch zu schaffende Datenbestände geringer sein dürfte als in Bezug auf bestehende Datenbestände.

#### **3.4.3.4 Umfassende Verwendungsfreiheiten**

Schon der Wortlaut des Art. 17 Abs. 1 Satz 1 GRC weist auf einen umfassenden Schutzansatz hinsichtlich der möglichen Verwendungsfreiheiten hin. So werden insbesondere der Besitz, die Nutzung und die Verfügungsbefugnis in Bezug auf das Eigentum geschützt. Damit wird ein umfassendes Besitz-, Nutzungs- und Verfügungsrecht in Bezug auf die geschützten Eigentumspositionen eingeräumt.<sup>168</sup> Das Besitzen bezieht sich dabei auf das bloße tatsächliche „In-der-Hand-Haben“ der geschützten Eigentumspositionen.<sup>169</sup>

Vielfältiger und hier relevanter sind die denkbaren Möglichkeiten des Nutzens, die in der Verarbeitung und kommerziellen Verwendung von Daten zu sehen ist. Je nach geschützter Vermögensposition greifen insoweit auch vielfältige Formen des Verfügens im Sinne einer Änderung des Eigentumsrechts, sei es durch die Übertragung<sup>170</sup>, im Sinne einer Übertragung der Nutzungsrechte an Datensätzen.

#### **3.4.3.5 Eingriffe in die Eigentumsfreiheit: Eigentumsentziehung oder Nutzungsregelung**

Art. 17 Abs. 1 GRC differenziert die denkbaren Eingriffsformen in zwei Kategorien aus, nämlich einer Eigentumsentziehung in Satz 2 einerseits und einer Nutzungsregelung in Satz 3 andererseits, die im ersten Fall an einen qualifizierten und im zweiten Fall an einen einfachen Gesetzesvorbehalt gebunden werden. Erforderlich ist in beiden Fällen, dass es sich um eine hoheitliche Maßnahme handelt, wobei auch die zivilrechtliche Steuerung von Eigentumskonflikten im Falle einer normativen Vorprägung als solche anzusehen ist. Dabei ist davon auszugehen, dass für die Interpretation des Art. 17 GRC eine Orientierung am klassischen Eingriffsmodell vorzugswürdig ist gegenüber einem mit

---

<sup>162</sup> EuGH, Urteil vom 31.10.1974, Rs. 15/74 (Sterling), Slg. 1974, 1147, Rn. 9; GA Jääskinen, Schlussanträge zu Rs. C-539/13 (Merck Canada und Merck Sharp and Dohme), ECLI:-EU:-C:-2014:2322, Rn. 14.

<sup>163</sup> Ein Hinweis hierauf findet sich in Art. 17 der Erläuterungen zur Charta der Grundrechte, ABL 2007, C 303/17 (23); siehe EuG, Urteil vom 21.01.2015, Rs. T-387/13 (cat & clean/-CLEAN CAT), ECLI:-EU:-T:-2015:-37, Rn. 57 f.; BGH, Urteil vom 02.04.2015, I ZR 59/13, GRUR 2015, 1114, 1119; so auch Calliess, in: Calliess/Ruffert (2016), Art. 17 GRC, Rn. 6; ebenso Rengeling/Szczekalla (2004), § 20, Rn. 806.

<sup>164</sup> EuGH, Urteil vom 28.04.1998, Rs. C-200/96 (Metronome Musik), Slg. 1998, I-1953, Rn. 22ff.

<sup>165</sup> EuGH, Urteil vom 08.06.1982, Rs. 258/78 (Nungesser), Slg. 1982, 2015, Rn. 35.

<sup>166</sup> EuGH, Urteil vom 03.12.1998, Rs. C-368/96 (Generics), Slg. 1998, I-7967, Rn. 81.

<sup>167</sup> EuGH, Urteil vom 08.06.1982, Rs. 258/78 (Nungesser), Slg. 1982, 2015, Rn. 35.

<sup>168</sup> Anderer Ansicht zur Nutzung von Markenrechten Shmatenko (2014), S. 10.

<sup>169</sup> Bernsdorff, in: Meyer/Hölscheidt (2019), Art. 17 GRC, Rn. 17; Jarass (2021), § 22, Rn. 14.

<sup>170</sup> Frenz (2009b), Rn. 2874; siehe EuGH, Urteil vom 29.02.1996, Rs. 296/93 (Frankreich und Irland/Kommission), Slg. 1996, I-795, Rn. 64.

Blick auf das Gestaltungsermessen des Gesetzgebers allzu großzügigen Ausgestaltungsmodell – insbesondere hinsichtlich des „gestaltungsfreudigen“ Unionsgesetzgebers.<sup>171</sup>

Die Eigentumsentziehung stellt sich demnach als schärferer Eingriff dar, denn sie geht mit dem dauerhaften Verlust der Eigentumsposition einher. Eine formale Eigentumsentziehung ist immer dann gegeben, wenn dem Eigentümer nach der Maßnahme auch formal keine Eigentumsposition verbleibt.<sup>172</sup> Damit ist das Anforderungsprofil erheblich niedriger als im Fall des engen Enteignungsbegriffs des Bundesverfassungsgerichts. Das BVerfG verlangt nämlich neben dem Eigentumsentzug noch drei zusätzliche Erfordernisse: eine hoheitliche Güterbeschaffung, das Vorliegen eines konkreten Vorhabens und das Ziel, eine öffentliche Aufgabe zu erfüllen.<sup>173</sup>

Der EGMR geht sogar noch einen Schritt weiter und stellt eine De-facto-Enteignung der formalen Eigentumsentziehung gleich, wenn die formal verbleibende Eigentumsposition durch die Nutzungseinschränkung vollständig entkernt wird.<sup>174</sup> Dies ist inhaltlich überzeugend, da auf die materielle Belastungswirkung beim Grundrechtsgeschützten abgestellt und nicht nach formalistischen Kriterien differenziert wird. Schon mit Blick auf Art. 52 Abs. 3 GRC muss dies auch für Art. 17 GRC gelten. Damit scheidet eine Beschränkung auf formale Enteignungsfälle ebenso wie ein Finalitätserfordernis<sup>175</sup> unter der Geltung der Grundrechtecharta aus. Die Regelung muss dabei jedoch in einer Art und Weise die Verwendungsmöglichkeiten beschränken, dass keine vernünftige Nutzung oder Verfügung mehr möglich ist oder ein vollständiger Wertverlust des Eigentums eintritt. Auch die Rechtsprechung des EuGH im Fall Luksan deutet in diese Richtung, wenn das Absprechen entsprechender Verwertungsrechte am Filmwerk einem Eigentumsentzug gleichkäme.<sup>176</sup> Damit wird die Abgrenzung im Einzelfall allerdings schwierig, zumal es entscheidend darauf ankommt, wie die Eigentumsposition definiert wird.<sup>177</sup>

Praktisch häufiger relevant sind die Nutzungsregelungen, die entsprechend der Konzeption des zweiteiligen Eingriffsbegriffs alle Fälle erfassen, in denen kein Eigentumsentzug erfolgt. Stattdessen wird lediglich die Nutzungs- oder Verfügungsmöglichkeit des Eigentums beschränkt oder vorgesteuert. Eine derartige Steuerung der Verwendungsbefugnis kann in räumlicher, zeitlicher und/oder sachlicher Perspektive erfolgen.<sup>178</sup> Auch hier stellt sich die Frage, inwiefern bloß faktisch oder mittelbar belastende Maßnahmen erfasst werden. Dazu ist zunächst erforderlich, dass überhaupt eine relevante Eigentumsposition vorliegt. Erforderlich ist zudem, dass zumindest im Ergebnis eine Nutzungs- oder Verfügungsbefugnis beeinträchtigt wird.<sup>179</sup> Ist das nicht der Fall, wird

---

<sup>171</sup> Zu diesem Unterschied zwischen dem klassischen Eingriffsmodell des EGMR und dem „Gestaltungsmodell“ des BVerfG in der Folge der unterschiedlichen Ausgangsverständnisse (naturrechtlich fundierte Konzeption des EGMR, normgeprägtes Verständnis des BVerfG) Michl (2013), S. 507ff. mit umfassenden Nachweisen aus der Rechtsprechung.

<sup>172</sup> EGMR, Urteil vom 08.01.2007, Beschwerde-Nr. 55809/00 (Berger/Deutschland), Rn. 56, juris.

<sup>173</sup> BVerfGE 74, 264; 104, 1 (10); dazu kritisch Kühling (2011), S. 787ff.

<sup>174</sup> EGMR, Urteil vom 23.10.2006, Beschwerde-Nr. 55878/00 (Weber/Deutschland), Rn. 98 f., juris; im Umkehrschluss so wohl auch der EuGH, Urteil vom 12.05.2005, Rs. C-347/03 (ERSA), Slg. 2005, I-3820, Rn. 122: kein Entzug durch Verbot, da „nicht jede sinnvolle Art der Vermarktung“ ausgeschlossen sei.

<sup>175</sup> Dazu Calliess, in: Calliess/Ruffert (2016), Art. 17 GRC, Rn. 18 mit weiteren Nachweisen; zum Kriterium der Finalität siehe auch Frenz (2009b), Rn. 2905ff.

<sup>176</sup> EuGH, Urteil vom 09.02.2012, Rs. C-277/10 (Luksan), ECLI:-EU:-C:-2012:65, Rn. 70.

<sup>177</sup> Darauf weist zutreffend Frenz (2009b), Rn. 2901f. hin.

<sup>178</sup> Jarass (2021), § 22, Rn. 25; ebenso Frenz (2009b), Rn. 2954.

<sup>179</sup> So zutreffend Calliess, in: Calliess/Ruffert (2016), Art. 17 GRC, Rn. 14, unter Zurückweisung von Gegenauffassungen, die wesentlich strenger eine Existenzgefährdung verlangen, siehe etwa von Milczewski (1994), S. 78.



regelmäßig die Berufs- oder unternehmerische Freiheit aus Art. 15 beziehungsweise 16 GRC einschlägig sein.<sup>180</sup>

Je nach Reichweite und Ausgestaltung der Datenzugangsrechte zur Schaffung einer Datenallmende kann die Eingriffsqualität damit durchaus über eine Nutzungsregelung hinausreichen und jedenfalls für die Ausgestaltung bestehender Rechte eine Eigentumsentziehung darstellen. Für die künftige Reduktion der uneingeschränkten Nutzung der unternehmerisch generierten Daten in einem Datenallmende-Modell wird hingegen regelmäßig eine bloße Nutzungsregelung anzunehmen sein.

#### **3.4.3.6 Rechtfertigung des Eingriffs allgemein**

Trotz unterschiedlicher Formulierung des Legitimationsgrundes – nämlich „öffentliches Interesse“ mit Blick auf die Enteignung und „Wohl der Allgemeinheit“ hinsichtlich der Nutzungsregelung – bestehen auch insoweit keine Abweichungen und auch keine Besonderheiten im Vergleich zur allgemeinen Schrankenregelung in Art. 52 Abs. 1 Satz 2 GRC („dem Gemeinwohl dienenden Zielsetzungen“). Angesichts der regelmäßig wirtschaftspolitisch relevanten Maßnahmen und des hier anzunehmenden weiten Spielraums des Gesetzgebers<sup>181</sup> wird man der Legislative auch bei der Definition der relevanten Allgemeinwohlziele eine entsprechende Einschätzungsprärogative einräumen. Die Filterfunktion des Legitimationsgrundes ist damit beschränkt. Nicht gerechtfertigt werden können letztlich nur rein privatnützige Eingriffe, die auf keinen öffentlichen Zweck verweisen können. Dass Beeinträchtigungen zugleich oder sogar primär privaten Zwecken dienen, ist hingegen unschädlich, so dass auch eine Enteignung zugunsten Privater zulässig ist, solange sie nur auch öffentliche Zwecke verfolgt.<sup>182</sup>

Da vorliegend jegliche Ausgestaltung eines Datenallmende-Modells öffentliche Zwecke verfolgen wird, namentlich die Förderung von Innovation und Wettbewerb, werden insoweit keine grundrechtlichen Bedenken bestehen. Entscheidend wird vielmehr die Verhältnismäßigkeit und insbesondere die Angemessenheit der angestrebten Regelung sein (Abschnitt 3.4.3.8).

#### **3.4.3.7 Entschädigung im Besonderen**

Die Entschädigungsfrage spielt beim Eigentumsentzug regelmäßig eine große Rolle und kann auch für die vorliegende Analyse sehr relevant sein. Schon der Gang durch den Bestand an Datenzugangsrechten hat offenbart, dass insoweit oftmals Kompensationspflichten in Form von angemessenen Entgelten für den Zugang vorgesehen werden (siehe Abschnitt 3.3.1.1 und auch Abschnitt 3.2.8.5).

Insoweit normiert Art. 17 Abs. 1 Satz 2 GRC anders als für den Fall der Nutzungsregelung eine zwingende Entschädigungsregelung. Diese findet sich teilweise auch in mitgliedstaatlichen Verfassungen, während sie in Art. 1 des ZP I zur EMRK fehlt und erst vom EGMR im Rahmen der Rechtsprechung entwickelt werden musste.<sup>183</sup> Sie verlangt in materieller Hinsicht eine Angemessenheit und mit Blick auf den Zeitpunkt eine Rechtzeitigkeit, was der völkerrechtlichen

---

<sup>180</sup> So wiederum Calliess, in: Calliess/Ruffert (2016), Art. 17 GRC, Rn. 14.

<sup>181</sup> Jarass (2021), § 22, Rn. 21; Wollenschläger, in: Peers et al. (2014), Rn. 17(1).52.

<sup>182</sup> EGMR, Urteil vom 21.02.1986, Beschwerde-Nr. 8793/79 (James u. a./UK), Ser. A no. 98, Rn. 40ff.

<sup>183</sup> Siehe EGMR, Urteil vom 09.12.1994, Beschwerde-Nr. 13092/87 u. 13984/88 (Holy Monasteries/Griechenland), Rn. 71; Urteil vom 23.11.2000, Beschwerde-Nr. 25701/94 (Früherer König von Griechenland u. a./Griechenland), NJW 2002, 45, Rn. 89; Urteil vom 30.06.2005, Beschwerde-Nr. 46720/99 u. a. (Jahn u. a./Deutschland), NJW 2005, 2907, Rn. 94. Hiernach bedarf es außerordentlicher Umstände, um eine Enteignung ohne Entschädigung als nach Art. 1 ZP I zur EMRK gerechtfertigt anzusehen; zur Herleitung der Entschädigungspflicht siehe auch Frenz (2009b), Rn. 2926ff.

„Hull“-Formel entspricht.<sup>184</sup> Die Entschädigungsregelung ist Ausdruck von Verhältnismäßigkeits-erwägungen.<sup>185</sup> Die Einzelheiten der Entschädigungsregelung müssen nach dem Wortlaut des Art. 17 Abs. 1 Satz 2 GRC nicht im Gesetz selbst geregelt, sondern können auch von der Exekutive im Rahmen der Eigentumsentziehung festgesetzt werden. Dies folgt auch aus der bisherigen Rechtsprechung des EuGH.<sup>186</sup>

Im hier relevanten Zusammenhang wären damit insbesondere solche Ausgestaltungen von Datenzugangsrechten ohne Entgeltpflicht problematisch, die in bestehende Eigentumspositionen gestaltend eingreifen und diese letztlich im dargelegten Sinne (Abschnitt 3.4.3.5.) entziehen.

Das Erfordernis der Rechtzeitigkeit richtet sich nach den Umständen und der Situation der Enteignung.<sup>187</sup> Sie bezieht sich sowohl auf die Festsetzung als auch auf die anschließende Auskehrung. Die Entschädigung muss so schnell wie möglich, aber nicht zwingend<sup>188</sup> bereits zugleich mit der Enteignungsregelung oder dem Eigentumsentzug erfolgen. Das gilt erst recht für eine gegebenenfalls erfolgende gerichtliche Kontrolle der Rechtmäßigkeit der Entschädigungsregelung. Allerdings bedarf jede zeitlich nachteilige Entkoppelung von Eigentumsentzug und Entschädigungszahlung der Rechtfertigung.

Regelmäßig wird danach eine Gleichzeitigkeit von Enteignungs- und Entschädigungsentscheidung sowie Enteignungsvollzug und Entschädigungszahlung indiziert sein, was vorliegend bei Kompensationspflichten bei Datenzugangsrechten der Fall wäre.

Auch bei der Festsetzung der Entschädigungshöhe kommt der öffentlichen Hand grundsätzlich eine Einschätzungsprärogative zu,<sup>189</sup> ebenso wie der Gesetzgeber gewisse Typisierungen vornehmen darf. Hier sind abgestuft Entschädigungen von der vollen Höhe des entzogenen Eigentums<sup>190</sup> über eine an dessen Wert orientierte, aber geringere Entschädigung bis hin zu einer Entschädigung nicht weit unter Wert erforderlich. Da der Wortlaut des Art. 17 GRC eine Entschädigung zwingend vorsieht, wird anders als nach Art. 1 Abs. 1 ZP I zur EMRK<sup>191</sup> eine vollständige Entschädigungslosigkeit unzulässig sein.<sup>192</sup> Es kann dennoch trotz formalen Eigentumsentzugs wegen Wertlosigkeit des entzogenen Eigentums der Charakter einer entschädigungspflichtigen Eigentumsentziehung entfallen. Neben diesen Entschädigungsstufen stellt sich sodann die Frage nach der konkreten Berechnung der Entschädigungshöhe, also der Anwendung der Bewertungsmethode. Hier verfügt die öffentliche Hand erst recht über eine entsprechende Einschätzungsprärogative, ob etwa bei einer Nationalisierung der Ertragswert der Unternehmen oder der Substanzwert oder im Fall einer Börsennotierung der durchschnittliche Börsenkurs über einen bestimmten Zeitraum<sup>193</sup> zugrunde

---

<sup>184</sup> Dazu Gloria (2004), § 47, Rn. 18 sowie Haltern (2014), § 34, Rn. 56.

<sup>185</sup> EGMR, Urteil vom 30.06.2005, Beschwerde-Nr. 46720/99 u. a. (Jahn u. a./Deutschland), NJW 2005, 2907, Rn. 94.

<sup>186</sup> EuGH, Urteil vom 13.07.1989, Rs. 5/88 (Wachauf), Slg. 1989, 2609, Rn. 22.

<sup>187</sup> Zu unzulässigen Rückwirkungseffekten siehe EGMR, Urteil vom 05.01.2000, Beschwerde-Nr. 33202/96 (Beyeler/Italien), NJW 2003, 654, Rn. 120ff.

<sup>188</sup> So aber Depenheuer, in: Tettinger/Stern (2006), Art. 17 GRC, Rn. 70; zustimmend Frenz (2009b), Rn. 2931.

<sup>189</sup> EuGH, Urteil vom 09.09.2008, verb. Rs. C-120/06 P und C-121/06 P (FIAMM), Slg. 2008, I-6513, Rn. 181.

<sup>190</sup> So der EGMR für die Enteignung von Grundstücken, Urteil vom 29.03.2006, Beschwerde-Nr. 36813/97 (Scordino/Italien), NJW 2007, 1259, Rn. 96.

<sup>191</sup> EGMR, Urteil vom 23.11.2000, Beschwerde-Nr. 25701/94 (Früherer König von Griechenland u. a./Griechenland), NJW 2002, 45, Rn. 90.

<sup>192</sup> Jarass (2021), § 22, Rn. 23; Heselhaus, in: Heselhaus/Nowak (2019), § 32, Rn. 73; Frenz (2009b), Rn. 2939. Anders sieht dies anscheinend Depenheuer, in: Tettinger/Stern (2006), Art. 17 GRC, Rn. 69, der sich insoweit an der Rechtsprechung des EGMR zu Art. 1 ZP I zur EMRK orientiert und eine entschädigungslose Enteignung unter ganz außergewöhnlichen Umständen für möglich hält.

<sup>193</sup> Siehe insoweit die sehr umfassende Prüfung des EGMR im Fall eines britischen Nationalisierungsprogramms, Urteil vom 08.07.1986, Beschwerde-Nr. 9006/80 u. a. (Lithgow u. a./UK), EuGRZ 1988, 350, 359, Rn. 127ff.

gelegt wird. Auch eine Entschädigung in Naturalien ist denkbar, insbesondere bei Grundstücksbereinigungsmaßnahmen.<sup>194</sup>

Dies wäre etwa übertragbar auf den Zugang zur Datenallmende als Entschädigung in „Naturalien“ für die Verpflichtung, seine Daten in der Allmende bereit zu stellen. Im Übrigen wäre die Aufnahme einer gesetzlichen Chiffre wie die bereits anzutreffende Fixierung „angemessener“ Entgelte insoweit grundsätzlich verfassungsrechtlich belastbar.

Letztlich hängen die Anforderungen an die Höhe der Entschädigung von den Eingriffsgründen ab. So wird eine primär privatnützige Enteignung eher eine volle Entschädigung erfordern als eine durch starke Allgemeinwohlgründe gedeckte Maßnahme. Weitere auch in der Diskussion zu Art. 14 GG angeführte Topoi können die Höhe beeinflussen wie der soziale Bezug des Eigentums oder die eigene Leistung des Eigentümers.<sup>195</sup>

Damit zeigt sich auch insoweit die bereits im einfachen Gesetzesrecht teils identifizierbare Differenzierung bei den bestehenden, zurückhaltenden Ausgestaltungen von Datenzugangsrechten als grundrechtlich unterfüttert: Sind etwa Daten auf der Basis öffentlicher Fördermittel erstellt worden, sind entsprechende Zugangsrechte aufgrund der geringeren eigenen Leistung bei einer Datenteilungspflicht gegebenenfalls mit bloß künftiger Wirkung eher – auch ohne Entgelte – vorstellbar als im Fall eines erheblichen Ressourceneinsatzes des Zugangsverpflichteten. Marktbeherrschende Unternehmen unterliegen einer gesteigerten sozialen Verantwortung – auch für die Wahrung des Wettbewerbs – und können daher auch strengeren Vorgaben unterworfen werden als kleinere Unternehmen.

Für bloße Nutzungsregelungen sieht Art. 17 Abs. 1 Satz 3 GRK keine zwingende Entschädigungsverpflichtung vor, was der Rechtsprechung des EuGH entspricht.<sup>196</sup> Diese kann sich aber aus Verhältnismäßigkeitserwägungen ergeben.<sup>197</sup> Umgekehrt können Entschädigungsregeln – ebenso wie Übergangsregeln – die Angemessenheit einer Regelung begründen.

### **3.4.3.8 Verhältnismäßigkeit**

Gerade die Eigentumsfreiheit hat immer wieder Anlass zu Kritik an der Rechtsprechung des EuGH dahingehend gegeben, dass dieser seine Kontrolldichte viel zu stark zurücknehme und auf eine allzu oberflächliche Evidenzkontrolle beziehungsweise Prüfung auf Extremfälle einer Verletzung eines nicht näher konzeptionell konturierten „Wesensgehalts“ beschränke. Eine ganze Reihe von Urteilen – insbesondere bis zum Inkrafttreten der Grundrechtecharta – leidet tatsächlich an einer argumentativen Insuffizienz.<sup>198</sup> Gleichwohl ist darauf hinzuweisen, dass schon vor 2009 in Einzelfällen die Berufung auf die Eigentumsgarantie vor dem EuGH durchaus erfolgreich war,<sup>199</sup> wobei teilweise

---

<sup>194</sup> Siehe Frenz (2009b), Rn. 2937 f.

<sup>195</sup> Dazu exemplarisch Kühling (2011), S. 792ff.; aus der Rechtsprechung des EGMR siehe Urteil vom 21.02.1986, Beschwerde Nr. 8793/79 (James u. a./UK), EuGRZ 1988, 341, Rn. 54 (zur Beeinflussung der Höhe der Entschädigung durch öffentliche Interessen); Urteil vom 23.11.2000, Beschwerde-Nr. 25701/94 (Früherer König von Griechenland u. a./Griechenland), NJW 2002, 45, Rn. 98 (wonach die Aufwendung eigener Mittel Einfluss auf die Zahlung einer Entschädigung haben kann; das gilt auch für etwaige gegenläufige Ansprüche); Urteil vom 12.09.2002, Beschwerde-Nr. 46129/99 (Zvolský und Zvolská/Tschechische Republik), Rn. 72 (wonach auch die Umstände des Eigentumserwerbs Einfluss auf die Entschädigung haben können).

<sup>196</sup> EuGH, Urteil vom 10.07.2003, Rs. C-20/00 und 64/00 (Booker Aquaculture Ltd. u. a.), Slg. 2003, I-7411, Rn. 85; so auch GA Bot, Schlussanträge zu Rs. C-283/11 (Sky Österreich), ECLI:EU:C:2012:341, Rn. 75.

<sup>197</sup> So ist letztlich auch die Entscheidung des EuGH, Urteil vom 13.07.1989, Rs. 5/88 (Wachauf), Slg. 1989, 2609, Rn. 19ff. zu verstehen.

<sup>198</sup> Exemplarisch EuGH, Urteil vom 21.02.1991, verb. Rs. C-143/88 und C-92/89 (Süderdithmarschen u. a.), Slg. 1991, I-415, Rn. 73f.

<sup>199</sup> Das gilt etwa auch für die berühmte Wachauf-Entscheidung des EuGH, Urteil vom 13.07.1989, Rs. 5/88 (Wachauf), Slg. 1989, 2609, Rn. 19ff.

angesichts der erfolgreichen isolierten Prüfung der Verhältnismäßigkeit keine eigenständige Prüfung der Eigentumsgarantie erforderlich war.<sup>200</sup> Richtig ist aber, dass der Gerichtshof gerade in Fällen der hochpolitischen Wirtschaftspolitik dem europäischen – und auch dem nationalen Gesetzgeber – einen breiten Spielraum gewährt. Der jüngeren Rechtsprechung lässt sich hingegen eine fast durchgängig ausdifferenzierte Prüfung am etablierten Kontrollschema der Verhältnismäßigkeit entnehmen, wie es auch von Art. 52 Abs. 1 GRC vorgegeben wird.<sup>201</sup> Dabei ist eine zum Teil strengere Kontrolldichte festzustellen, ohne dass dies zwangsläufig – angesichts kollidierender Grundrechtswerte – zu erfolgreichen eigentumsbegründeten Klagen geführt hätte. Gemäß dem allgemeinen Verhältnismäßigkeitsgrundsatz muss die Maßnahme jedenfalls geeignet, erforderlich<sup>202</sup> und angemessen<sup>203</sup> sein. Im Übrigen lag der Schwerpunkt der Verhältnismäßigkeitskontrolle des EuGH bislang vor allem auf Nutzungsregeln, während nähere Hinweise zu Enteignungen bislang fehlen.

#### **3.4.3.9 Fokus geistiges Eigentum**

Ein Augenmerk der jüngeren Rechtsprechung lag dabei auf Streitigkeiten im Bereich geistiger Eigentumsrechte, der auch für die vorliegende Untersuchung besonders interessant ist. Hier hat der EuGH in einer Serie von Entscheidungen die Reichweite des Eigentumsschutzes im Konflikt mit gegenläufigen Rechtspositionen ausdifferenziert.

Im Fall *Metronome Musik* konnte der EuGH keine Verletzung der Eigentumsgarantie durch die Einräumung eines ausschließlichen Vermietungsrechts von Tonträgern erkennen, da ein solches Recht gerade die risikoreichen Investitionen schützt und damit letztlich seinerseits der Eigentumsfreiheit dient.<sup>204</sup> Im Fall *Promusicae* ging es um die Frage, inwiefern Urheberrechtsinhaber auf der Basis der einschlägigen sekundärrechtlichen Vorgaben und des Eigentumsrechts einen Anspruch darauf haben, dass ihnen von Internetzugang-Diensteanbietern Name und Anschrift von Personen mitgeteilt werden, die zu einer bestimmten Uhrzeit an einem bestimmten Tag unter einer vom Internetzugang-Diensteanbieter zugewiesenen dynamischen IP-Adresse möglicherweise bestimmte Urheberrechtsverletzungen (regelmäßig illegale Daten-Downloads) begangen haben.<sup>205</sup>

In dem Fall hat es der EuGH noch den Mitgliedstaaten überlassen, eine angemessene Balance zwischen den betroffenen Grundrechtspositionen – nämlich der Eigentumsgarantie aus Art. 17 GRC auf der einen Seite und vor allem des Schutzes personenbezogener Daten aus Art. 7 und 8 GRC auf der anderen Seite – zu finden. Damit war der Weg für die Gewährung entsprechender urheberrechtlicher Auskunftsansprüche grundsätzlich eröffnet, wenngleich solche auch nicht zwingend vorgegeben sind. Insoweit greift die Eigentumsgarantie letztlich in ihrer Schutzpflichtendimension ein. Im Streit um die Pflicht von Plattformbetreibern, Filtersysteme zur Vermeidung von Urheberrechtsverletzungen einzusetzen, legte sich der EuGH sodann fest und entschied, dass im Rahmen der Abwägung zwischen dem Schutz des geistigen Eigentums der Inhaltenanbieter auf der einen Seite und der unternehmerischen Freiheit aus Art. 16 GRC der Plattformbetreiber sowie dem Datenschutz der Plattformnutzer aus Art. 8 GRC und der

---

<sup>200</sup> EuGH, Urteil vom 06.12.2005, verb. Rs. C-453/03 u. a. (ABNA u. a.), Slg. 2005, I-10423, Rn. 85 (Ungültigkeit einer Richtlinienbestimmung, die Mischfuttermittelhersteller verpflichtet, Verbrauchern auf Anfrage die genaue Zusammensetzung eines Futtermittels mitzuteilen).

<sup>201</sup> Siehe etwa EuG, Urteil vom 27.02.2014, Rs. T-256/11 (Ezz), ECLI:-EU:-T:-2014:93, Rn. 192ff.

<sup>202</sup> Dazu etwa EuGH, Urteil vom 28.04.1998, Rs. C-200/96 (*Metronome Musik*), Slg. 1998, I-1953, Rn. 26.

<sup>203</sup> Exemplarisch EuGH, Urteil vom 30.07.1996, Rs. C-84/95 (*Bosphorus*), Slg. 1996, I-3953, Rn. 26.

<sup>204</sup> EuGH, Urteil vom 28.04.1998, Rs. C-200/96 (*Metronome Musik*), Slg. 1998, I-1953, Rn. 24.

<sup>205</sup> EuGH, Urteil vom 29.01.2008, Rs. C-275/06 (*Promusicae*), Slg. 2008, I-271, Rn. 68.

Pluralismussicherung aus Art. 11 Abs. 2 GRC auf der anderen Seite eine entsprechende Pflicht unverhältnismäßig sei.<sup>206</sup>

Allerdings wurde dies nur unter den Voraussetzungen eines unterschiedslosen, präventiven, zeitlich unbegrenzten, Nutzerdaten verwendenden und vom Plattformbetreiber zu finanzierenden Systems entschieden, so dass im Falle der Modifikation dieser Parameter die Abwägung gegebenenfalls anders auszufallen hätte.<sup>207</sup> Auf dieser Linie hat der EuGH in einem späteren Fall eine Anordnung an Internet-Diensteanbieter, Maßnahmen zum Schutz der Urheberrechte und des geistigen Eigentums zu ergreifen, für mit Art. 16 GRC vereinbar erklärt, weil es den Internet-Diensteanbietern überlassen bleibe, selbst die konkreten Maßnahmen zu bestimmen.<sup>208</sup> Auch im bereits zitierten Fall *McFadden* zur Sicherung des WLAN-Netzes, um Urheberrechtsverletzungen zu vermeiden (Abschnitt 3.4.2.5.2), hielt der EuGH die Verpflichtung des Betreibers eines kostenlosen WLAN-Netzes zur Passwortsicherung des Netzwerkes nicht für eine unverhältnismäßige Beeinträchtigung der unternehmerischen Freiheit. Sie sei vielmehr geboten, um das geistige Eigentum nicht schutzlos zu stellen.<sup>209</sup> Der EuGH hat damit – freilich nur unter argumentativer Einbeziehung der vom vorlegenden Gericht erwogenen drei Möglichkeiten zur Sicherung des geistigen Eigentums – einen deutlichen Akzent gesetzt, der das geistige Eigentum in multipolaren Grundrechtskonflikten stärker als bislang gewichtet.

Im ebenfalls bereits erwähnten Fall *UEFA* (Abschnitt 3.4.3.1) hat das EuG zu den sogenannten Free-TV-Listen in der Fernsehrichtlinie 89/552/EWG entschieden (Art. 3a) und festgestellt, dass die Verpflichtung dazu, bestimmte Inhalte (hier sämtliche Spiele der Fußball-Europameisterschaft) im Free-TV zu zeigen, zwar die Veranstalterin (in diesem Fall die UEFA) in ihrem Eigentumsrecht betreffe, da der Wert der Fernsehübertragungsrechte dadurch beeinträchtigt werden könne. Allerdings sei die Verpflichtung angesichts der gesellschaftlichen Bedeutung des Gesamt ereignisses auch in dieser Weite gerechtfertigt. Dabei hat das EuG auch darauf abgestellt, dass zwar der erzielbare Preis der Rechte beeinträchtigt, aber nicht ihr Handelswert zerstört werde, zumal das Wettbewerbsrecht die Veranstalter vor kollusiven Praktiken der Rechtenachfrager schütze.<sup>210</sup> Dies ist im vorliegenden Kontext besonders interessant, da auf diese Weise deutlich weiter greifende Datenzugangspflichten möglich werden, wenn sie zukunftsgestaltend den Zugang zu noch zu erstellenden Datensätzen regeln.

Auch die ebenfalls bereits erwähnte (Abschnitt 3.4.2.5.1) Vereinbarkeit der Regelung des Kurzberichterstattungsrechts in der Fernsehrichtlinie (beziehungsweise ihrer Nachfolgebestimmung der Richtlinie über audiovisuelle Medien) war Gegenstand eines – auch eigentumsrechtlich – geführten Streits vor dem EuGH, der für die vorliegende Diskussion auch mit Blick auf die Kostenregelung interessant ist. So sieht die Richtlinienbestimmung vor, dass die Inhaber der exklusiven Übertragungsrechte Dritten ein Kurzberichterstattungsrecht einräumen müssen und dabei nur die Zusatzkosten vereinnahmen dürfen, die durch die Rechtseinräumung (v.a. den Zugang zum Signal) entstehen. Es dürfen also keine zusätzlichen Einnahmen generiert werden, die zur Deckung

---

<sup>206</sup> EuGH, Urteil vom 24.11.2011, Rs. C-70/10 (*Scarlet Extended*), Slg. 2011, I-11959, Rn. 43ff.

<sup>207</sup> Siehe dazu insbesondere das Nachfolgeurteil EuGH, Urteil vom 16.02.2012, Rs. C-360/10 (*SABAM*), ECLI:-EU:-C:-2012:85, Rn. 40ff.

<sup>208</sup> EuGH, Urteil vom 27.03.2014, Rs. C-314/12 (*UPC Telekabel Wien GmbH*), ECLI:-EU:-C:-2014:192, Rn. 52.

<sup>209</sup> EuGH, Urteil vom 15.09.2016, Rs. C-484/14 (*McFadden*), ECLI:-EU:-C:-2016:-689, Rn. 90-100.

<sup>210</sup> EuG, Urteil vom 17.02.2011, Rs. T-55/08 (*UEFA/Kommission*), Slg. 2011, II-271, Rn. 178 (Wertebeeinträchtigung; Eingriff), Rn. 180-182 (gesellschaftliche Funktion und Bedeutung), Rn. 183 (verbleibender Wert); bestätigt im Urteil vom 18.07.2013, Rs. C-201/11 P (*UEFA/Kommission*), ECLI:-EU:-C:-2013:519, Rn. 101ff.

der Kosten der Veranstaltung beitragen. Damit erfolgt eine Kostendeckelung auf die Grenzkosten ohne Gemeinkostenzuschlüsselung.

Hier hat der Gerichtshof festgestellt, dass im Falle einer entsprechenden gesetzlichen Nutzungsregelung der Rechtserwerber eine entsprechend reduzierte Rechtsposition erlangt und auch nur diese kontrahiert werde, was zur Folge hat, dass der Rechtserwerber sich gegen jene einschränkende Überlagerung eigentumsrechtlich nicht wehren könne.<sup>211</sup> Dies müsste, so ist das Urteil wohl zu verstehen, der Ereignisveranstalter tun. Das ist vom Ansatz her überzeugend, auch wenn nicht hinreichend dargestellt wurde, dass eine entsprechende Überlagerung schon zum Zeitpunkt des Rechtserwerbs im nationalen Recht galt beziehungsweise durch Richtlinienvorgaben schon wirksam geworden war. Im Übrigen dürfte aber auch insoweit davon auszugehen sein, dass wegen der Bedeutung der Pluralismussicherung aus Art. 11 Abs. 2 GRC ein entgeltreduziertes Kurzberichterstattungsrecht auch für den Veranstalter unter Eigentumsschutzgesichtspunkten noch verhältnismäßig ist.

Bislang lässt sich jedenfalls feststellen, dass der EuGH in einer sich zum Schutz des geistigen Eigentums allmählich verdichtenden Rechtsprechung dem Datenschutz aus Art. 7 und 8 GRC und der Pluralismussicherung und Kommunikationsfreiheit aus Art. 11 GRC in Relation zum Eigentumsschutz ein großes Gewicht beimisst.

Insgesamt lassen sich aus der Rechtsprechung im Übrigen für den vorliegenden Zusammenhang auch breitere Zugriffsmöglichkeiten auf noch zu erstellende Datenbestände im Vergleich zu Datenteilungspflichten hinsichtlich bestehender Datenbestände ableiten.

#### **3.4.3.10 Weitere abwägleitende Parameter aus anderen Themenfeldern**

Eine entsprechende Verdichtung der allgemeinen eigentumsrechtlichen Topoi erfolgt dagegen erst schrittweise. Vorliegend besonders relevant hat der EuGH in Bezug auf den wichtigen Aspekt der eigenen Leistungen die Bedeutung eigener Investitionen hervorgehoben.<sup>212</sup> Diese können etwa die Refinanzierbarkeit entsprechender Forschungs- und Entwicklungsausgaben erfordern und dürfen diese nicht gefährden.<sup>213</sup> Sie können auch eine Verstärkung des Eigentumsschutzes bewirken und daher bei der Abwägung der Interessen verschiedener Inhaber von Urheberrechten und verwandten Schutzrechten im Fall der Vergütungsansprüche von Hauptregisseur und Hersteller des Werkes eher zugunsten des Letzteren streiten.<sup>214</sup> Dabei fließen auch Vertrauensschutzaspekte ein, die allerdings dann besonders gering ausgeprägt sind, wenn sie auf wirtschaftliche Rahmenbedingungen bezogen sind, die auch vor dem Hintergrund internationaler Abkommen durch die Union flexibel modifiziert werden müssen.<sup>215</sup> Des Weiteren sind Übergangsfristen für die Bewertung der Angemessenheit von Belang.<sup>216</sup> Schließlich spielt stets die Eingriffsintensität bei der Verhältnismäßigkeitsprüfung eine große Rolle.<sup>217</sup> Im Übrigen kann eine Orientierung an entsprechenden Topoi in der Rechtsprechung

---

<sup>211</sup> EuGH, Urteil vom 22.01.2013, Rs. C-283/11 (Sky Österreich), ECLI:-EU:-C:-2013:28, Rn. 34ff.

<sup>212</sup> EuGH, Urteil vom 28.04.1998, Rs. C-200/96 (Metronome Musik), Slg. 1998, I-1953, Rn. 24.

<sup>213</sup> EuGH, Urteil vom 06.12.2005, verb. Rs. C-453/03 u. a. (ABNA u. a.), Slg. 2005, I-10423, Rn. 82 (Ungültigkeit einer Richtlinienbestimmung, die Mischfuttermittelhersteller dazu verpflichtet, Verbrauchern auf Anfrage die genaue Zusammensetzung eines Futtermittels mitzuteilen; allerdings am Maßstab des isoliert geprüften Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes).

<sup>214</sup> EuGH, Urteil vom 09.02.2012, Rs. C-277/10 (Luksan), ECLI:-EU:-C:-2012:65, Rn. 68ff.

<sup>215</sup> EuGH, Urteil vom 30.06.2005, Rs. C-295/03 P (Alessandri), Slg. 2005, I-5700, Rn. 89.

<sup>216</sup> EuGH, Urteil vom 12.05.2005, Rs. C-347/03 (ERSA), Slg. I-3820, Rn. 133.

<sup>217</sup> EuG, Urteil vom 19.05.2010, Rs. T-181/08 (Za/Rat), Slg. 2010, II-1965, Rn. 157.

des EGMR erfolgen,<sup>218</sup> vor allem solange die Verdichtung in der Rechtsprechung des EuGH noch nicht vollzogen ist.

#### **3.4.3.11 Verhältnis zur unternehmerischen Freiheit**

Die Eigentumsfreiheit wurde gerade in der Phase ihrer Begründung und Entfaltung vor Inkrafttreten der Grundrechtecharta parallel zur unternehmerischen Freiheit und zur Berufsfreiheit entwickelt. Angesichts des textlichen Ausgangspunktes in der Grundrechtecharta in Art. 15 und 16 GRC einerseits und Art. 17 GRC andererseits können die Schutzbereiche nunmehr deutlicher voneinander abgegrenzt werden.<sup>219</sup> Dabei besteht jedoch das Problem, dass die EMRK keine eigenständige unternehmerische Freiheit oder Berufsfreiheit enthält und der EGMR daher tendenziell die Eigentumsfreiheit weit fasst, was sich über Art. 52 Abs. 3 GRC wiederum auf die Auslegung von Art. 17 GRC auswirkt. Angesichts der parallelen Schrankensystematik ist eine trennscharfe Abgrenzung ohnehin von geringer Bedeutung. Letztlich wird man davon ausgehen, dass eine parallele Anwendung geboten ist, sofern sowohl Eigentumspositionen als auch die berufliche und unternehmerische Betätigung beeinträchtigt werden. Wenn hingegen keine gesicherten Eigentumspositionen betroffen sind (wie im Fall des Kurzberichterstattungsrechts), greift ausschließlich Art. 16 GRC ein.

#### **3.4.4 Zwischenergebnis: legislativer Spielraum für die Schaffung einer Datenallmende**

Aus dieser umfassenden Rechtsprechungsanalyse können eine ganze Reihe von Hinweisen für die Ausgestaltung einer Datenallmende entwickelt werden. Zunächst lässt sich allgemein feststellen, dass dem Unionsgesetzgeber (wie dem nationalen) trotz der Verschärfung der wirtschaftsgrundrechtlichen Kontrolle von Eingriffen grundsätzlich ein weiter Gestaltungsspielraum in wirtschaftspolitischen Fragestellungen zukommt. Vor diesem Hintergrund sind auch weitreichende Eingriffe in die unternehmerische Freiheit und die Eigentumsfreiheit möglich. Dies steht auch weitreichenden Verpflichtungen zur Bereitstellung von Daten für eine Datenallmende nicht prinzipiell entgegen. Der Eingriffscharakter derartiger Maßnahmen wäre dabei gegeben, so dass sich die Rechtfertigung – relativ vergleichbar in Bezug auf beide Wirtschaftsgrundrechte – im Wesentlichen nach den Vorgaben der Verhältnismäßigkeit richtet.

Dabei sind die Hürden für den (schärferen) Zugriff auf bestehende Datenbestände deutlich höher als für die Schaffung von Zugangsrechten zu künftigen Datenbeständen. Denn für erstere existiert ein erhöhter Vertrauensschutz. Investitionen sind unter der Prämisse der primär exklusiven Datennutzung erfolgt. Die Datenbestände sind allerdings auch in einer dynamischen Perspektive prinzipiell schützenswert, sollen weiterhin hinreichende Anreize für die Erhebung von Daten und deren Aufbereitung bestehen. Die zitierte Rechtsprechung mit Blick auf die Refinanzierbarkeit von Forschungs- und Entwicklungsaufgaben hat dies explizit deutlich gemacht.

Sodann hängt die rechtliche Bewertung trotz aller Spielräume für den Gesetzgeber stark von der Bewertung der ökonomischen Effekte der Eingriffe ab: Wie stark hemmt eine solche Regelung die Anreize für die Erhebung und Aufbereitung von Daten? Inwiefern ist überhaupt die Erhebung von Daten, die Verfügbarkeit entsprechender Datensätze das Problem, oder besteht es vielmehr in deren Aufbereitung und im Zugriff auf entsprechende Tools, um diese zu gewährleisten (Algorithmen etc.)? Wie stark beflügelt eine Datenallmende umgekehrt Innovationen angesichts eines verbreiterten Zugriffs auf Datensätze durch eine erheblich größere Anzahl von Unternehmen? Wie ist also, anders formuliert, die Innovationsbilanz entsprechender Modelle? In welchem Umfang würde der Wettbewerb stimuliert? Welche Effekte würden für Verbraucherinnen und Verbraucher entstehen?

---

<sup>218</sup> Dazu mit zahlreichen Nachweisen Frenz (2009b), Rn. 2983 ff.

<sup>219</sup> Für eine klare Abgrenzung spricht sich Wollenschläger, in: Peers et al. (2014), Rn. 17(1).02 aus.

Denn der Verbraucherschutz kann durchaus scharfe Eingriffe in die Wirtschaftsgrundrechte ermöglichen. Ferner wären etwaige Kompensationen relevant. Wie stark profitieren „Datengeber“ als „Datennehmer“, so dass gleichsam eine Kompensation in Form einer „Naturalrestitution“ erfolgt? Modelle einer pekuniären Kompensation wären sicherlich ein wichtiger Baustein für die Wahrung der Verhältnismäßigkeit, könnten aber mit Blick auf die Praktikabilität jedenfalls in weit reichenden Datenallmende-Modellen Schwierigkeiten hervorrufen<sup>220</sup> und aus ökonomischen Gründen gegebenenfalls auch nicht wünschenswert sein.

### 3.4.5 Kurzabgleich: Vorgaben im Grundgesetz

Aus den Grundrechten im Grundgesetz, namentlich der Berufsfreiheit aus Art. 12 GG und der Eigentumsfreiheit aus Art. 14 GG ergeben sich sodann keine signifikant abweichenden und insbesondere keine strengeren Maßstäbe.<sup>221</sup>

#### 3.4.5.1 Berufsfreiheit aus Art. 12 GG

Datenzugangsrechte werden auch hier regelmäßig in die Berufsfreiheit der betroffenen Unternehmen aus Art. 12 GG eingreifen. Auf das Grundrecht der Berufsfreiheit können sich über Art. 19 Abs. 3 GG auch juristische Personen berufen, soweit die von ihnen erbrachte Tätigkeit wesensgemäß auch durch juristische Personen vergleichbar einer natürlichen Person angewandt durchgeführt werden kann.<sup>222</sup> Unter einem Beruf versteht man dabei sehr umfassend alle Tätigkeiten, die auf die Finanzierung der Lebensgrundlage ausgerichtet sind.<sup>223</sup> Von Art. 12 GG wird in einem einheitlichen Schutzbereich sowohl die Berufswahl- als auch die Berufsausübungs- und die Ausbildungsfreiheit geschützt.<sup>224</sup> Das Grundrecht steht unter dem einheitlichen Gesetzesvorbehalt des Art. 12 Abs. 1 S. 2 GG, der eine Beschränkung nur „durch Gesetz oder auf Grund eines Gesetzes“ zulässt.<sup>225</sup>

Mit Blick auf die Annahme eines Eingriffs ist die Hürde höher als im Unionsrecht. Es ist eine gewisse Intensität erforderlich, um die notwendige berufsregelnde Tendenz anzunehmen.<sup>226</sup> Insoweit hat das Bundesverwaltungsgericht allerdings bereits entschieden, dass schon dann, wenn ein Unternehmen verpflichtet wird, gegenüber einer datenerhebenden Behörde bestimmte Angaben zu machen, dies eine belastende Regelung mit Eingriffsqualität in Bezug auf die Berufsausübung darstellen kann.<sup>227</sup> Das wird erst recht für eine Verpflichtung zur Teilung von Daten mit anderen (konkurrierenden) Unternehmen gelten.

Was die Verhältnismäßigkeit anbelangt, wird es auf den Umfang der Zugangsrechte ankommen. Je belastender die Zugangspflicht für die Unternehmen wird, desto stärker müssen die (ökonomischen) Rechtfertigungsgründe sein. Ein erheblicher Eingriff in die Berufsausübungsfreiheit bestünde, wenn das Unternehmen im Zuge der Datenteilungspflicht Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse der

---

<sup>220</sup> Zu Lösungsansätzen siehe erste Hinweise bei Podszun (2020), F 99f.

<sup>221</sup> Ebenso die Bewertung bei Wischmeyer/Herzog (2020), S. 292f.

<sup>222</sup> BVerfG, Urteil vom 01.03.1979, 1 BvR 532/77 unter anderem, Rn. 194; Manssen (2021), Rn. 649.

<sup>223</sup> BVerfG, Urteil vom 11.06.1958, 1 BvR 596/56, Rn. 56.

<sup>224</sup> BVerfG, Urteil vom 11.06.1958, 1 BvR 596/56, Rn. 70; Manssen (2021), Rn. 647 und 651ff.; Kingreen/Poscher (2020), Rn. 933.

<sup>225</sup> Kingreen/Poscher (2020), Rn. 934.

<sup>226</sup> Manssen (2021), Rn. 665ff.

<sup>227</sup> So entschieden von VG Leipzig, Urteil vom 01.11.2006, 4 K 1705/04, bestätigt durch BVerwG, Urteil vom 29.06.2011, 8 C 7/10.



Öffentlichkeit (und damit auch den Wettbewerbern) offenbaren müsste.<sup>228</sup> Letztlich ergeben sich daraus insgesamt keine abweichenden Vorgaben im Vergleich zur Grundrechtecharta.

#### **3.4.5.2 Anforderungen aus der Eigentumsfreiheit gem. Art. 14 GG**

Vom Schutzbereich des Art. 14 GG wird auch unter dem deutschen Grundgesetz sehr weitreichend ein breites Spektrum vermögenswerter Rechte erfasst.<sup>229</sup> Vorliegend könnte eine Datenteilungspflicht der Unternehmen gegen ihr Recht aus Art. 14 GG verstoßen, wenn davon auch der eingerichtete und ausgeübte Gewerbebetrieb geschützt wird. Das Bundesverfassungsgericht hat insoweit offengelassen, ob die Eigentumsfreiheit darauf anwendbar sein soll,<sup>230</sup> während andere Gerichte<sup>231</sup> und Stimmen in der Literatur<sup>232</sup> dies bejahen. Sofern man den Schutzbereich bejaht, kommt die Prüfung des Art. 14 GG grundsätzlich zu denselben Ergebnissen wie die Prüfung des Art. 12 GG und wird von den Gerichten meist nicht weiter ausgeführt.<sup>233</sup>

### **3.5 Nationale und/oder europäische Regulierung: Akteure und ihre Reichweite**

Abschließend stellt sich gerade mit Blick auf die soeben aufgeworfene Frage der Restriktionen aus den deutschen Grundrechten die Frage, ob eine nationale Regelung der Datenallmende überhaupt möglich ist oder ob nicht vielmehr eine europäische Regelung benötigt wird. Internetkonzerne handeln schließlich international und grenzüberschreitend. Wie weit kann hier eine nationale Regelung dennoch wirksam regulieren? Welche Anknüpfungspunkte zum nationalen Recht braucht es hier, um verbieten und gebieten zu können? Welche Ausweichmöglichkeiten hat das Unternehmen? Und nicht zuletzt: Bestehen unionsrechtliche Vorgaben, die gegen eine nationale Regelung sprechen, oder doch den Regelungsspielraum einengen, gegebenenfalls auch auf Null reduzieren?

Diesen Fragen widmet sich der nachfolgende Abschnitt. Um Antworten zu finden, sind die kollisionsrechtlichen Anknüpfungspunkte im Datenschutz- und Wettbewerbsrecht in den Blick zu nehmen.

#### **3.5.1 Kollisionsrechtliche Anknüpfung im Datenschutzrecht**

Der territoriale Anwendungsbereich des Datenschutzrechts bezieht sich im Grundsatz auf Verantwortliche oder Auftragsverarbeiter, die ihre Niederlassung innerhalb der EU haben (Art. 3 Abs. 1 DS-GVO), unabhängig davon, wo die Verarbeitung der personenbezogenen Daten genau stattfindet.<sup>234</sup> Doch auch nicht in der EU niedergelassene Unternehmen sind gemäß Art. 3 Abs. 2 lit. a) und b) DS-GVO dem territorialen Anwendungsbereich des Datenschutzrechts unterstellt, soweit die Verarbeitung der personenbezogenen Daten innerhalb der EU erfolgt und eben diese Verarbeitung entweder „im Zusammenhang“ mit dem Angebot von Waren oder Dienstleistungen oder aber der Überwachung des Verhaltens von Personen steht.

---

<sup>228</sup> BVerfG, Urteil vom 14.03.2016, 1 BvR 2087/03 unter anderem, Rn. 84; Manssen, Staatsrecht II, 18. Aufl. 2021, Rn. 685.

<sup>229</sup> BVerfG, Beschluss vom 09.01.1991, 1 BvR 929/89, Rn. 36; Kingreen/Poscher (2020), Rn. 1036.

<sup>230</sup> BVerfG, Beschluss vom 25.01.1984, 1 BvR 272/81, Rn. 73.

<sup>231</sup> BGH, Urteil vom 21.10.2010, III ZR 237/09, Rn. 14; BVerwG, Urteil vom 10.07.2012, 7 A 11/11, Rn. 35.

<sup>232</sup> Manssen (2021), Rn. 745; Papier/Shirvani, in: Maunz/Dürig (2020), Art. 14, Rn. 200.

<sup>233</sup> Siehe zum Beispiel VG Schwerin, Beschluss vom 21.12.2007, 6 B 240/07, Rn. 38.

<sup>234</sup> Damit kombiniert Art. 3 Abs. 1 DS-GVO Niederlassungs- und Sitzprinzip, letztlich weil der satzungsmäßige Sitz regelmäßig auch eine Niederlassung ist, so Ernst, in: Paal/Pauly (2021), Art. 3 DS-GVO, Rn. 3 unter weiterführendem Verweis auf EuGH, Urteil vom 01.10.2015 – C-230/14, NJW 2015, 3636 Rn. 29.

Durch die Einführung dieses Marktortprinzips wird die Anwendbarkeit der DS-GVO auch auf Drittstaaten erstreckt<sup>235</sup> – viele sprechen seitdem von der „Selbstbehauptung des Datenschutzrechts“, die Europa endlich wagt.<sup>236</sup> Die bloße Tätigkeit auf dem europäischen Markt genügt damit in aller Regel,<sup>237</sup> allein schon weil es eines bloßen, irgendwie gearteten Zusammenhangs mit einer der beiden genannten Marktaktivitäten bedarf, was im digitalen Zeitalter häufig zu bejahen ist. Auch rein außereuropäische Verarbeitungsvorgänge können daher unter den genannten Voraussetzungen dem Datenschutzstatut der DS-GVO unterfallen, unabhängig von dem Sitz des Verantwortlichen oder dem tatsächlichen Ort der Verarbeitung.<sup>238</sup> Allein ein Bezug zu innerhalb der EU befindlichen natürlichen Personen muss feststellbar sein.<sup>239</sup>

Sollen globalen Playern wie vor allem großen Internetkonzernen also regulatorische Datenoffenlegungspflichten auferlegt werden, bedarf es datenschutzrechtlich betrachtet einer Tätigkeit auf dem europäischen Binnenmarkt im Sinne eines sachlich hinreichenden Unionsbezugs, damit die DS-GVO als maßgebliches Sachrecht Anwendung findet und das maßgebliche Datenschutzstatut bildet<sup>240</sup> – das Risiko der Marktvermeidung dürfte hierbei zwar bestehen, aber angesichts der Größe des europäischen Binnenmarkts als relativ gering einzustufen sein.

### 3.5.2 Kollisionsrechtliche Anknüpfung im Wettbewerbsrecht

Ganz ähnlich wie das Datenschutzrecht wertet auch das Wettbewerbsrecht, vielleicht auch deshalb, weil das Datenschutzrecht (vor allem die DS-GVO) dem Kartellrecht als Teilgebiet des Wettbewerbsrechts in vielen Bereichen nachgebildet ist, etwa was die Sanktionsmechanismen und die Höhen möglicher Geldbußen nach Art. 83 DS-GVO betrifft, aber eben auch, wenn es um das Marktortprinzip geht.<sup>241</sup> So knüpft auch das Wettbewerbsrecht als solches an das in Art. 6 Abs. 1 Rom-II-VO angelegte Marktortprinzip als maßgebliche Kollisionsregel an: Im Kern geht es um den „Ort der wettbewerblchen Interessenkollision“,<sup>242</sup> also darum, für alle Wettbewerber, die auf einem Markt auftreten, die gleichen wettbewerbsrechtlichen Rahmenbedingungen zu gewährleisten.<sup>243</sup> Aus dieser Zwecksetzung erklärt sich letztlich auch die universelle Geltung des Marktortprinzips für Sachverhalte mit Drittstaatenbezug.<sup>244</sup> Das OLG Karlsruhe hat die Anwendung des Marktortprinzips erst kürzlich treffend beschrieben:

„Das anwendbare Recht ist nach den Vorschriften der VO (EG) Nr. 864/2007 des Europäischen Parlaments und des Rates v. 11.7.2007 über das auf außervertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht (Rom-II-VO) zu bestimmen. Nach deren Art. 6 Abs. 1 ist auf außervertragliche Schuldverhältnisse aus unlauterem Wettbewerbsverhalten das Recht des Staats anzuwenden, in dessen Gebiet die Wettbewerbsbeziehungen oder die kollektiven Interessen der Verbraucher beeinträchtigt worden sind oder wahrscheinlich

---

<sup>235</sup> Ausführlich Brauneck (2019).

<sup>236</sup> Selmayr (2018), S. 197.

<sup>237</sup> Siehe hierzu Datenschutzkonferenz (2018), S. 2.

<sup>238</sup> Ernst, in: Paal/Pauly (2021), Art. 3 DS-GVO, Rn. 14.

<sup>239</sup> Hoeren et al., Teil 16.2, Rn. 101.

<sup>240</sup> BeckOK-Datenschutzrecht/Hanloser (2020), Art. 3 DS-GVO, Rn. 1.

<sup>241</sup> Selmayr (2018), S. 197.

<sup>242</sup> MüKo-BGB/Drexler (2021), Art. 6 Rom II-VO, Rn. 144.

<sup>243</sup> MüKo-BGB/Drexler (2021), Art. 6 Rom II-VO, Rn. 144.

<sup>244</sup> Fezer et al. (2016), Erster Teil, Rn. 156; siehe weitergehend auch zu den Unterschieden zwischen wettbewerbsrechtlicher und kartellrechtlicher Kollisionsnormanknüpfung Fezer et al. (2016), Erster Teil, Rn. 224ff.

beeinträchtigt werden. Das anwendbare Recht bestimmt sich damit maßgeblich nach dem Markttort. Danach ist deutsches Recht anzuwenden, weil in Deutschland durch das von der Kl. beanstandete Verhalten durch die Webseite [...] auf die Entschließung der deutschen Verbraucher eingewirkt werden soll und damit droht, dass deren Interessen beeinträchtigt werden.“<sup>245</sup>

Nimmt man ausgehend von diesen Grundsätzen globale Player wie beispielsweise große Internetkonzerne in den Blick, die Verbraucherinnen und Verbrauchern Leistungen auf dem hiesigen Markt anbieten, ist der maßgebliche Markttort der Ort, auf dem auf die Entschließung von Kunden eingewirkt werden soll, wie das KG Berlin bezogen auf den deutschen Markt festgestellt hat:

„Geht es um die wettbewerbsrechtliche Beurteilung eines Verhaltens bei der Gewinnung von Kunden, ist Markttort der Ort, an dem auf die Entschließung des Kunden eingewirkt werden soll. Dort soll das Wettbewerbsrecht unlauteres Konkurrenzverhalten verhindern; auf diesen Ort bezieht sich auch das durch das Wettbewerbsrecht ebenfalls geschützte Interesse der Allgemeinheit an einem lauterem Wettbewerb [...]“.“<sup>246</sup>

Auch im Wettbewerbsrecht bestehen damit zwar Risiken der Marktvermeidung; angesichts der doch recht weit interpretierten kollisionsrechtlichen Anknüpfung dürften sich über das Markttortprinzip aber in aller Regel interessengerechte Ergebnisse erzielen lassen.

### 3.5.3 Welche Regelungsebene ist sinnvoll?

Die bisherigen Überlegungen sowie das gezogene Zwischenfazit haben sich mithin bestätigt und können um eine folgende *conclusio* erweitert werden: Soll die Datenallmende legislativ geregelt werden, ist das sowohl im Datenschutzrecht als auch im Wettbewerbsrecht für die kollisionsrechtliche Anknüpfung maßgebliche Markttortprinzip zu berücksichtigen – wenn auch in leicht divergierender Ausprägung. Sie ermöglicht die Offenlegungspflichten für alle, die auf dem europäischen Markt agieren. Wer hierauf verzichten will, weil er die Offenlegung scheut, der wird sich das wirtschaftlich gut überlegen. Eine rein nationale Regelung müsste aber nicht nur dem europäischen Rahmenwerk auch der DS-GVO folgen, sondern würde auch die Gefahr in sich bergen, dass es für ein Unternehmen sicher leichter ist, auf den deutschen Markt zu verzichten als auf den europäischen. Damit sind sowohl rechtliche als auch ökonomische Aspekte bei der Wahl der richtigen Regelungsebene maßgeblich: Wenn nationale Akteure mit nationalen Regelungen adressiert werden, dann liegt die Hürde weniger in der Gefahr der Markttortvermeidung, sondern die rechtlichen Hürden der Vereinbarkeit mit europäischem Datenschutz- und Wettbewerbsrecht treten in den Vordergrund. Wenn internationale Akteure mit europäischen Regelungen adressiert werden, ist ein rechtlicher Konflikt mit Europarecht ausgeschlossen, soweit die primärrechtlichen Vorgaben eingehalten werden, und auch die Gefahr der Markttortvermeidung wäre minimiert.

Unabhängig davon muss, dies sei hervorgehoben, bei jeglicher nationaler Regelung dafür Sorge getragen werden, dass sie im Einklang mit den vorrangigen unionsrechtlichen Vorgaben steht und deren Harmonisierungsanspruch gerecht wird. Je nach endgültiger Ausgestaltung des DMA müsste etwa gesehen werden, dass nationale Datenzugangsrechte nicht die angestrebte abschließende Regelung des DMA unterlaufen. Auch dies spricht – jenseits nationaler Erprobungsfelder – jedenfalls mittelfristig für die Notwendigkeit einer Beschränkung der Regulierung auf die unionale Ebene.

---

<sup>245</sup> OLG Karlsruhe, Urteil vom 13.05.2020 – 6 U 127/19, MMR 2021, 61f., Rn. 36; siehe auch OLG Thüringen, Urteil vom 28.11.2018 – 2 U 524/17, juris, Rn. 26.

<sup>246</sup> KG Berlin, Urteil vom 26.09.2011, 24 U 111/10 WRP 2012, 102.

### 3.6 *Zentrale Elemente eines Gesetzes zur Regelung einer Datenallmende*

Aus den bisherigen Vorläufern und Wegweisern einschließlich der kartell- und wettbewerbsrechtlichen Vorgaben lassen sich zentrale Elemente ableiten, die ein Gesetz zur Regelung einer Datenallmende enthalten müsste und Parameter, an denen es sich orientieren könnte:

In materiell-rechtlicher Hinsicht müssten zunächst die Adressaten näher definiert werden. Im Kartellrecht sind dies marktmächtige Unternehmen. Der Ansatz einer Datenallmende könnte aber gerade in möglichen Experimentierräumen weiterreichen und alle einbeziehen, die einen relevanten Beitrag leisten können. Dabei dürfte grundsätzlich eher eine verpflichtende Regelung im legitimierenden Rechtsrahmen vorgesehen sein, da freiwillige Experimente wenig aussagekräftig sind für anschließende normative Verpflichtungen. Da so (zunächst) nur eine beschränkte Regelung und Reichweite avisiert wird, ist die Eingriffstiefe grundsätzlich geringer und die Rechtfertigung grundsätzlich eher möglich, zumal in zeitlicher Hinsicht eine befristete Wirkung normiert werden könnte, auch um den Experimentiercharakter hervorzuheben. Damit wäre eine zeitnahe, grundrechtsschonende Nachjustierung auf der Basis weiterer Erkenntnisse möglich.

Ein solches Experimentiergesetz wäre daher im Zweifel das mildere Mittel gegenüber einer umfassenden „Vollregelung“. Je weiter der Gesetzgeber insoweit jedoch geht und je mehr Akteure er einbezieht, desto weitreichender wird in der Formulierung obligatorischer Teilnahme in die Grundrechte der Beteiligten eingegriffen. Daher können gegebenenfalls auch Differenzierungen hinsichtlich des Pflichtenumfangs vorgesehen beziehungsweise teils auf eine zwingende teils auf eine freiwillige Mitwirkung gesetzt werden. Unterscheidungen wären auch danach denkbar, ob der Adressat eine öffentliche Entität darstellt oder jedenfalls im konkreten Verarbeitungskontext besonderen öffentlich-rechtlichen Bindungen unterliegt (da es sich etwa um Daten handelt, die mit Forschungsgeldern generiert worden sind). Denkbar wäre es auch, *De-minimis*-Schwellen einzuziehen mit Blick auf den Aufwand, der mit dem Bereitstellen von Daten einhergeht. Wichtig und untrennbar damit verbunden ist bei all dem, dass das Ziel der Datenallmende möglichst konkret beschrieben wird. Je spezifischer das Ziel und je klarer der öffentliche Nutzen hervortritt, desto weitreichender kann die Regelung sein. Eine Datenallmende ist aber als Grundrechtseingriff – wo sie nicht freiwillig erfolgt – immer rechtfertigungspflichtig.

Wichtig ist die Definition der Begünstigten beziehungsweise Zugangsberechtigten, denen Rechtsansprüche auf den Zugang zu den Datenbeständen eingeräumt werden sollen. Hier sind ebenfalls verschiedene Abstufungen denkbar, etwa mit Blick auf eigene Beiträge zu den Datenbeständen (Reziprozitätsansatz) aber auch abhängig davon, ob ein berechtigtes Interesse zu fordern oder bestimmte (Prä-)Qualifikationsanforderungen zu stellen sind, etwa um eine angemessene Datensicherheit zu gewährleisten.

Sodann wird es eine große Herausforderung sein, den Gegenstand des Zugriffsanspruchs näher zu präzisieren. Eine zentrale Frage wird sein, ob auch personenbezogene Daten oder lediglich nicht personenbezogene Daten erfasst werden sollen. Wo personenbezogene Daten betroffen sind, wird dies nicht gehen, ohne zuvor eine umfassende datenschutzrechtliche Bewertung vorgenommen zu haben. Dabei könnte auch danach differenziert werden, ob für eine entsprechende Weiterverarbeitung personenbezogener Daten eine Einwilligung vorliegt. Hier besteht durchaus ein unionsrechtlicher Spielraum. Schließlich könnten unter bestimmten Voraussetzungen Anonymisierungs- oder Pseudonymisierungspflichten eingezogen werden. Wo die Anonymisierung gelingt, ist diese als Verarbeitung jedenfalls dann gerechtfertigt, wenn sie gesetzlich angeordnet wird. Unabhängig von dieser grundsätzlichen Entscheidung vor dem Hintergrund des Datenschutzrechts sind mit Blick auf den Schutz von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen gegebenenfalls weitere Einschränkungen vorzusehen. Schließlich müssten gegebenenfalls die Tiefe des Datenzugangs und die damit einhergehenden Bereitstellungspflichten geklärt werden: Sollen Rohdaten oder nach

bestimmten Prinzipien bereits aufbereitete Daten bereitgestellt werden? Ist ein gegebenenfalls intervallartiger Zugang zu Datenbeständen impliziert, oder muss ein Echtzeitdatenzugang ermöglicht werden? In welchem Format sind die Daten bereit zu stellen? Unter Verhältnismäßigkeitsgesichtspunkten können auch bestimmte Sperrfristen zur exklusiven Nutzung erst durch das Daten haltende Unternehmen indiziert sein (wie bei Patenten). Ferner wäre die Frage zu klären, ob ein Entgelt für die Bereitstellung der Daten verlangt wird, das gegebenenfalls eine Kompensation angesichts des Werts der Daten vorsieht, gegebenenfalls aber auch nur eine Erstattung der zusätzlichen Kosten, die mit der Bereitstellung der Daten verbunden sind.

Neben diesen materiell-rechtlichen Fragen sind auch weitere institutionelle und prozedurale Aspekte zu regeln. So dürfte es tendenziell sinnvoll sein, eine Behörde mit der Beaufsichtigung der Datenbereitstellung und auch mit der Überwachung des Datenaustauschs zu betrauen. Hier wäre dann – auch in Abhängigkeit der regulatorischen Ebene (EU, Mitgliedstaat; in Deutschland: Bund oder gar Bundesländer?) – zu klären, ob das eine kartell- oder datenschutzrechtliche Behörde oder eine neu geschaffene Behörde sein sollte. Dies dürfte auch davon abhängig sein, ob und in welchem Umfang überhaupt personenbezogene Daten einbezogen werden sollen. Ist das nicht der Fall, scheiden Datenschutzbehörden von vornherein aus. Es müsste ferner geklärt werden, mit welchen Kompetenzen diese Behörde ausgestattet werden soll, zum Beispiel hinsichtlich der Auskunfts- und Untersuchungsbefugnisse, um die Einhaltung der Verpflichtungen zu überprüfen. Sodann müssten gegebenenfalls schwierige Fragen der Verbundverwaltung zwischen Unions- und mitgliedstaatlicher Ebene geklärt werden. Sinnvoll könnte auf einer Metaebene auch die Begleitung durch eine oder mehrere Forschungsinstitutionen sein, um die Zweckmäßigkeit einzelner Austauschprozesse im Detail und der Allmende im Allgemeinen zu bewerten.

Prozedural ist mit Blick auf die notwendige Standardisierung an selbstregulatorische Elemente oder Zertifizierungen zu denken. Schließlich hat sich im Kartell- und Datenschutzrecht gezeigt, wie wichtig Sanktionen für die Einhaltung entsprechender Verpflichtungen sind.

Schon mit Blick auf diesen sehr vorläufigen Strukturkatalog eines möglichen Gesetzes zeigt sich, dass es sinnvoll sein kann, Erfahrungen mit unterschiedlichen normativen Strukturierungen in verschiedenen Experimentierräumen zum sammeln.

## 4. Erste Schritte auf dem Weg zu einer Datenallmende

Die in dieser Expertise angestellten volkswirtschaftlichen und juristischen Überlegungen zum Konzept einer Datenallmende erlauben keine allgemeine Antwort, ob eine staatlich angeordnete Pflicht zur Teilung von nicht-personenbezogenen oder anonymisierten Daten – sowie in einem weiteren Schritt unter Beachtung der anspruchsvollen datenschutzrechtlichen Vorgaben gegebenenfalls auch pseudonymisierter oder durch Einwilligungen von betroffenen Personen zur Verwendung freigegebener Daten – zur freien Nutzung durch Dritte im Gesamteffekt ökonomisch vorteilhaft und deshalb auch rechtlich zulässig ist. Allerdings legt eine Reihe von Studien nahe, dass der bestehende regulatorische Rahmen nicht ausreicht, um auf Dauer für ausreichenden Wettbewerb in der in manchen Bereichen inhärent zur Monopolbildung tendierenden digitalen Ökonomie zu sorgen und die mit neuen datenbasierten Geschäftsmodellen verbundenen hohen Effizienzgewinne für die Verbraucherinnen und Verbraucher beziehungsweise die Gesellschaft als Ganzes zu sichern. Mit dieser Diagnose lassen sich pro-kompetitive Markteingriffe wie eine Datenteilungspflicht beziehungsweise eine Datenallmende begründen.

Wenn Daten zu einem frei nutzbaren Allgemeingut gemacht werden, können sich substantielle volkswirtschaftliche Effizienzgewinne ergeben, weil dadurch die Monopolmacht von derzeit marktbeherrschenden Unternehmen in der Datenökonomie gebrochen und der Tendenz zur künftigen Monopolisierung auf datenbasierten Märkten entgegengewirkt wird. Außerdem können sich auch in Bereichen, in denen die von den offen zugänglichen profitierenden Akteure nicht in einer unmittelbaren Konkurrenzbeziehung zum Daten teilenden Unternehmen stehen, zusätzliche Wertschöpfungspotenziale entfalten, weil mithilfe der offen gelegten Daten Geschäftsprozesse optimiert oder innovative Geschäftsideen entwickelt werden.

Bei der Einrichtung einer Datenallmende besteht keine Gefahr, dass geteilte Daten übernutzt werden. Denn wie bei öffentlichen Gütern ist bei Daten eine Nicht-Rivalität in der Nutzung gegeben. Allerdings ist nicht sichergestellt, dass sich die potenziellen ökonomischen Vorteile einer Nutzung geteilter Daten durch Dritte auch materialisieren. Möglicherweise profitieren die Unternehmen mit marktbeherrschender Stellung in der Datenökonomie auch von anderen Marktunvollkommenheiten als den datengetriebenen, etwa von Asymmetrien beim Zugang zu den Kredit- und Kapitalmärkten. Zudem ist die produktive Nutzung von Daten vielfach an die Verfügbarkeit komplementärer Faktoren – wie technologischem oder Humankapital – gebunden, die eventuell nicht ausreichend vorhanden sind. Komplementäre regulatorische Gestaltungen wären deshalb sicher eine Prüfung wert.

Außerdem sind mögliche negative Nebenwirkungen einer Datenallmende einzukalkulieren. Beachtung verdient vor allem, dass weniger Investitionen in den Aufbau von zu teilenden Daten, Dateninfrastrukturen und die Gewährleistung von Datenqualität und Datenschutz getätigt werden könnten. Auch könnten Unternehmen, die unter den Bedingungen des Status quo von den Verbraucherinnen und Verbrauchern gewünschte Produkte oder Dienste anbieten, aus dem Markt ausscheiden (oder gar nicht erst in den Markt eintreten), deren Geschäftsmodell aufgrund von datengetriebenen Skaleneffekten nur als „natürliches“ Monopol trägt.

Insgesamt gesehen sprechen zwar gute Argumente dafür, dass eine Datenallmende substantielle Steigerungen an Wertschöpfung und Innovationskraft generieren könnte. Dennoch bleibt das Vorzeichen der gesamtwirtschaftlichen Nettoeffekte dieses Instruments allgemein unbestimmt. Ob eine positive oder negative Wertschöpfungs- und Innovationsbilanz zu erwarten ist, hängt von den spezifischen Gegebenheiten auf einzelnen datenbasierten Märkten ab. Als Instrument besonders geeignet erscheint eine Datenteilungspflicht insbesondere auf datengetriebenen Märkten, in denen Nutzerinformationen von Dienstleistern im laufenden Geschäftsprozess quasi automatisch erfasst

werden können, und in denen diese Nutzerinformationen der zentrale Treiber von Innovationsprozessen sind. Diese Voraussetzungen dürften in Bereichen wie Suchmaschinen, Karten-Diensten, Plattform-Märkten und Sozialen Netzwerken erfüllt sein, die stark zur Monopolbildung und in der Folge im Status quo durch relativ schwach ausgeprägte Innovationsanreize geprägt sind. Viele dieser Bereiche werden derzeit von global operierenden Unternehmen beherrscht, was Regulierungen auf der nationalen Ebene erschwert.

Das Entstehen eines per Saldo positiven volkswirtschaftlichen Mehrwerts gegenüber dem Status quo ist ein zentrales Kriterium dafür, dass eine Überführung bisher geschützter Datenbestände von Unternehmen in eine Datenallmende juristisch machbar ist. Wie im Kartellrecht lassen sich bei der Prüfung dieser Voraussetzung allerdings keine exakt quantifizierten Wertschöpfungs- oder Innovationsbilanzen zugrunde legen. Andererseits muss selbst dann, wenn von einem volkswirtschaftlichen Mehrwert durch die Einrichtung einer Datenallmende erwartet werden kann, zusätzlich geprüft werden, ob dieselbe – oder gar eine größere – Verbesserung auch durch mildere Mittel erreicht werden könnte. Zum Beispiel enthält das vorhandene Kartellrecht bereits Ansatzpunkte, um Unternehmen mit marktbeherrschender Stellung zu regulieren, insbesondere, wenn diese nachweislich ihre Marktmacht missbrauchen. Zugleich erscheint eine Pflicht zu einer Datenteilung im Vergleich zur Alternative einer Zerschlagung marktbeherrschender Unternehmen – nicht zuletzt aus Perspektive des betroffenen Unternehmens – als das mildere Mittel.

Aus diesen allgemeinen Überlegungen folgt, dass für einzelne Märkte in der Datenökonomie zunächst jeweils spezifisch analysiert werden muss, ob bei Einrichtung einer Datenallmende tatsächlich ein ökonomischer Mehrwert zu erwarten ist, und welche Daten genau mit welchen Nutzerinnen und Nutzern zu teilen sind, um diesen Mehrwert zu erreichen. In der Praxis ist es allerdings außerordentlich schwierig, die ökonomischen Nettoeffekte einer Datenteilung im Voraus zu quantifizieren. Dies ergibt sich schon daraus, dass Details der offen zu legenden Daten und der daran anknüpfenden Geschäftsmodelle im Status quo stark geschützt und daher für Bewertungszwecke nicht zugänglich sind. Hinzu kommt, dass sich die Vielzahl der Faktoren, die sich auf die ökonomische Bilanz einer Datenallmende auswirken können, strukturell nur schwer modellieren lassen.

Es lässt sich gegenwärtig auch noch nicht mit Analogien und Erfahrungswerten argumentieren, weil Modelle für eine Datenteilung – abgesehen vom üblichen Handel mit Daten – bislang in der Praxis kaum erprobt sind. Für die Gestaltung einer Datenallmende könnten aber Erfahrungen bedeutsam sein, wie sie etwa im Zusammenhang mit dem vom Bundesministerium für Wirtschaft und Energie initiierten Projekt GAIA-X gemacht werden.<sup>247</sup>

Angesichts der bisher unzureichenden Evidenz zu den direkten ökonomischen Effekten und eventuellen unerwünschten Nebenwirkungen einer umfassenden Datenallmende wäre eine flächendeckende Einführung mit Risiken behaftet und daher auch rechtlich kaum zu begründen. Zugleich erscheint die Wahrscheinlichkeit, dass zumindest in Teilen der datenbasierten Ökonomie mit einer Datenteilungspflicht per Saldo Wertschöpfungs- und Innovationsgewinne erzielt werden können, hinreichend groß, um diese unter kontrollierten Bedingungen praktisch zu erproben. Deshalb sollten Schritte, Daten verpflichtend offen zu legen und in ein Allgemeingut zu überführen, zunächst in abgegrenzten Experimentierräumen gegangen werden, die eine Evaluation der sich

---

<sup>247</sup> Mit GAIA-X wird für Deutschland und Europa der Aufbau von sicheren dezentralen Cloud-Lösungen auf dem höchsten technischen Standard angestrebt. Im Rahmen dieses Plattformökosystems sollen unter anderem eine technische Infrastruktur, Standards und Datendienste etabliert werden, die eine sichere Verwaltung von Zugriffs- und Nutzungsrechten auf von Unternehmen bereitgestellte Daten ermöglichen. Dies könnte die Voraussetzungen für eine verstärkte – freiwillige – Teilung von Daten zur Entwicklung neuer datengetriebener Dienste und Innovationen auf einer Reihe von Anwendungsfeldern (u.a. Industrie, Energie, Finanzen, Landwirtschaft, Umwelt, Gesundheit, Bildung) verbessern.



einstellenden Effekte unter kontrollierten Bedingungen ermöglichen und sich, soweit in der Praxis negative ökonomische Wirkungen die positiven überwiegen, auch leicht wieder schließen lassen.

Um nicht auszuschließenden volkswirtschaftlichen Risiken Rechnung zu tragen, ist neben einer Beschränkung von Experimentierräumen auf bestimmte Bereiche der Wirtschaft oder auf bestimmte Zeit prinzipiell auch eine Anlage in mehreren Stufen wie folgt denkbar. Auf der niedrigsten Stufe wäre die Datenteilung für die Unternehmen noch rein freiwillig. Auf der nächsten Stufe würden die Akteure – etwa durch einen finanziellen Ausgleich – dann zur vermehrten Datenteilung angeregt. Auf der dritten Stufe würde man sich einer Datenteilungspflicht durch negative Anreize beziehungsweise ausdrückliche Nachteile für Unternehmen, die nicht von sich aus bereit sind ihre Daten zu teilen, annähern. Auf der letzten Stufe schließlich würde die Datenallmende vollumfänglich etabliert.

Geht man so vor, gilt es zu berücksichtigen, dass die auf den ersten Stufen zu messenden Wertschöpfungs- und Innovationsbilanzen einer Datenteilung systematisch zu groß ausfallen, weil in den Experimentierräumen zunächst eher diejenigen Akteure anzutreffen sein werden, die durch eine Datenteilung eher geringe individuelle Nachteile erleiden. Trotzdem können die ohne die auf der letzten Stufe erreichte volle Datenteilungspflicht erzielten Ergebnisse für den Zweck der Bewertung des Konzepts einer Datenallmende informativ sein. Erstens treten bereits in diesem Rahmen die praktischen und organisatorischen Probleme zutage, die bei der Implementation einer Datenteilung im untersuchten Marktsegment zu lösen sind. Zweitens lässt sich durch die zunehmend verschärften Vorgaben für die Datenteilung besser beurteilen, welche Widerstände der betroffenen Akteure bei Einführung einer Datenallmende zu überwinden sind, und inwieweit der zu erwartende gesamtwirtschaftliche Mehrwert einer verstärkten Datenteilung bereits mit weniger scharfen Eingriffen in den Markt als einer Datenteilungspflicht erreicht werden könnte. Drittens könnte eine – angekündigte – graduelle Vorgehensweise auf dem Weg zu einer Datenteilungspflicht helfen, dass die Akteure ihr Verhalten besser auf die zunehmende Datenteilung einstellen können, und so unnötige Kosten durch eine plötzliche Einführung der Datenallmende vermeiden.

Der lernende Ansatz, erste Schritte hin zu einer Datenteilungspflicht in abgegrenzten Experimentierräumen zu gehen, die eine Evaluation der volkswirtschaftlichen Nettoeffekte unter kontrollierten Bedingungen ermöglichen, kann durch ein „Experimentiergesetz“, wie in Abschnitt 3.6 beschrieben, abgesichert werden. Er wäre rechtlich möglich, wenn für die geöffneten Experimentierräume gut begründet werden kann, dass mit hoher Wahrscheinlichkeit positive ökonomische Effekte überwiegen. Diese Bedingung ist tendenziell eher in Bereichen erfüllt, in denen hohe ungenutzte datenbasierte Innovationspotenziale in der Breite zu vermuten sind, als in Bereichen, in denen die Pflicht zur Datenteilung vor allem zur Belebung des horizontalen Wettbewerbs beitragen dürfte und demnach eigentlich auf einen engen Kreis von Unternehmensakteuren beschränkt werden könnte.

Eine wichtige, bei der Auswahl von Experimentierräumen für erste Schritte in Richtung auf eine Datenallmende zu beachtende Nebenbedingung ist, dass die bei der Umsetzung zu erwartenden Widerstände auf der Ebene der Personen, deren Daten geteilt werden sollen, gering sind. Dieses Kriterium spricht etwa dagegen, einen Experimentierraum zur Teilung von individuellen Gesundheitsdaten einzurichten. Für eine systematische Erprobung der Effekte einer auf ausgewählte Akteure beschränkten oder generellen Datenteilungspflicht bieten sich drei Arten von Experimentierräumen an.

Erstens könnte eine Datenallmende auf zumindest national relativ wenig entwickelten Märkten etabliert werden, in denen ein besonders hohes Potenzial für datenbasierte Innovationen und Geschäftsmodelle besteht. Eine beispielhafte Anwendung für diesen Ansatz wäre der Bereich der digitalen Mobilitätsdienstleistungen. So spricht sich die Monopolkommission (2019) für eine diskriminierungsfreie Offenlegung von Daten aus, die im Zusammenhang mit dem öffentlichen Personenverkehr anfallen – verbunden mit den Zielen, den Wettbewerb zu intensivieren, durch



Erweiterung und verkehrsträgerübergreifende Verknüpfung von Datenpools die Entwicklung der Mobilitätsbranche zu fördern und damit wohlfahrtssteigernde Effizienzsteigerungen im Verkehrsbereich zu generieren.

Das Anwendungsfeld Mobilitätsdaten erscheint zur Einrichtung eines Experimentierraums wegen einer Reihe von Faktoren besonders geeignet (Denker et al. 2017):

- Die Wertschöpfungspotenziale im Bereich Verkehr verlagern sich zunehmend von der Produktion hin zu neuartigen Dienstleistungen, etwa in den Bereichen Kfz-Instandhaltung und Wartung, Carsharing, Plattformen für vernetzte Mobilität und Mobilitätsdienste. Das damit verbundene Wertschöpfungspotenzial allein am deutschen Markt wird als hoch eingeschätzt, aber bislang bei weitem noch nicht ausgeschöpft, weil die vorhandenen Daten nicht miteinander verknüpft werden können.
- Die datenbasierten Dienstleistungen könnten auch von anderen Unternehmen als den Automobilherstellern entwickelt und angeboten werden; diese besitzen durch ihre wirtschaftliche Größe und ihre lange etablierte Position jedoch eine starke Stellung am Markt, die durch den direkten Zugang zu den Mobilitätsdaten ihrer Kundinnen und Kunden noch verstärkt wird.
- Viele der anfallenden Mobilitätsdaten entstehen quasi automatisch; sie sind ein Nebenprodukt eines anderen Dienstes. In dieser Konstellation sind die Kosten für die Datenerhebung niedrig, und dies reduziert das Risiko, dass die Unternehmen auf eine Pflicht zur Datenteilung reagieren, indem sie weniger in die Sammlung der Daten investieren. Zugleich könnten Dritte die beim Unternehmen automatisch anfallenden Daten nur mit hohem Kostenaufwand duplizieren.
- Viele auf Mobilitätsdaten basierende Anwendungen stützen sich auf die Erkennung von allgemeinen Verhaltensmustern; daher können die Daten auch in pseudonymisierter Form einen hohen wirtschaftlichen Mehrwert entfalten.
- Neben den privaten Mobilitätsdaten existiert ein großer Bestand an Mobilitätsdaten bei öffentlichen Stellen, die in einen Open-Data-Pool eingebracht werden können, die aber durch Verknüpfung mit offen zu legenden privaten Daten zusätzlichen wirtschaftlichen Wert gewinnen würden.
- Es herrscht ein Mangel an Transparenz hinsichtlich der Erhebung und Nutzung der von den Verbraucherinnen und Verbrauchern abgegebenen Daten, die über die Preisgabe ihrer Daten faktisch nicht autonom entscheiden können. Eine Offenlegungspflicht könnte das Verbrauchervertrauen stärken und die Bereitschaft zur Bereitstellung personenbezogener Daten erhöhen. Zugleich könnten Machtasymmetrien, die von den Unternehmen zu Lasten der Verbraucherinnen und Verbraucher ausgenutzt werden, verringert werden.

Die Energiewirtschaft ist ein weiterer für einen Experimentierraum geeignet erscheinender Bereich. Hier bergen zum Beispiel die als Nebenprodukt anderer Dienste anfallenden Daten über den Energieverbrauch der Kundinnen und Kunden oder über Einspeisungen aus der dezentralen Energieerzeugung (etwa durch Solaranlagen) erhebliche Potenziale zur Entwicklung neuer energiewirtschaftlicher Geschäftsmodelle, die derzeit nicht ausgeschöpft werden. Auch die anderen Faktoren, die eine Erprobung der Datenallmende anhand einer offenen Nutzung von Mobilitätsdaten besonders vorteilhaft erscheinen lassen, sind weitgehend analog im Bereich von individuellen Energiedaten gegeben.

Eine zweite Art, wie das Konzept der Datenallmende in einem begrenzten Rahmen erprobt und seine Wirksamkeit evaluiert werden könnte, ist die Einrichtung von Experimentierräumen zur verpflichtenden Datenteilung auf lokaler oder regionaler Ebene. Hierbei könnte an bereits

vorhandene Open-Data-Initiativen von Kommunen oder Kreisen angeknüpft werden, die sich allerdings bislang auf die Offenlegung von Daten der Verwaltung und Unternehmen der öffentlichen Hand beschränken und häufig wenig effektiv umgesetzt werden. Geografisch abgegrenzte Experimentierräume müssten jedoch auch die Datenbestände von privaten Unternehmen in die Datenallmende einbeziehen. Sie müssten zudem mit ausreichenden personellen und technischen Ressourcen ausgestattet werden, damit die vor Ort vorhandenen Datenbestände in einer für eine leichte Nachnutzung und Verknüpfung geeigneten Form bereitgestellt werden könnten. Besondere Ressourcen werden auch benötigt, um Maßnahmen zur Verhinderung einer Deanonymisierung personenbezogener Daten umzusetzen, die bei personenbezogenen Daten mit engem räumlichen Bezug schwieriger zu gewährleisten ist.

Dieser Ansatz eignet sich aufgrund der räumlichen Begrenztheit weniger zur Bewertung der Wirkungen einer Datenteilung auf die Wettbewerbsintensität auf horizontalen Märkten, sondern vor allem zur Abschätzung von Potenzialen, die durch Innovationen mit durch eine Datenteilungspflicht geöffneten Daten in vertikal gegliederten Märkten und Netzwerken oder auf Drittmärkten entstehen könnten. Ebenfalls lassen sich damit die wirtschaftlichen Potenziale verpflichtend geteilter kleinräumig geocodierter Daten einschätzen.

Bei einer lokalen Datenallmende rückt wie bei der gemeinschaftlichen Nutzung knapper natürlicher Ressourcen die gemeinwohlorientierte Datennutzung in den Fokus. Hierdurch können sich kollektive Entscheidungsmechanismen zur Regelung von Datenzugang und Datennutzung ausprägen, die helfen, negative Folgen für einzelne Mitglieder der Daten teilenden Gemeinschaft zu vermeiden. In geografisch abgegrenzten Experimentierräumen lässt sich feststellen, welche gemeinschaftlichen Rahmensetzungen und Governance-Strukturen für eine Datenallmende sich entwickeln, und ob diese eine effiziente und innovationsorientierte Nutzung der in die Allmende übertragenen Daten ermöglichen.

Ein Nachteil von räumlich begrenzten Experimentierräumen ist die beschränkte Übertragbarkeit der gemachten Beobachtungen auf andere räumliche Kontexte. Um die externe Validität darauf basierender empirischer Befunde einschätzen zu können, sind vergleichende Analysen zwischen verschiedenen geografisch abgegrenzten Experimentierräumen notwendig. Außerdem kann ein Skalenproblem auftreten: Die Akteure können eigentlich vorhandene Wertschöpfungspotenziale nicht entdecken oder realisieren, weil die Datenbestände in der Datenallmende nicht groß genug sind. Deswegen eignen sich kleine räumliche Experimentierräume mehr für die Abschätzung der Potenziale, die in einer innovativen Verknüpfung von Datenbeständen liegen, und weniger der Potenziale von Big Data-Anwendungen. Dies spricht bei dieser Art von Experimentierraum dafür, ein möglichst heterogenes Spektrum an Daten in die Datenallmende aufzunehmen.

Eine dritte Art von Experimentierraum könnte geöffnet werden, indem die Pflicht zur Datenteilung auf bestimmte Akteure oder bestimmte Zwecke der Nutzung von Daten beschränkt wird. Bei diesem Ansatz könnte der Kreis der Zugangsberechtigten oder der zulässigen Datennutzungen schrittweise erweitert werden, um zu lernen, wie sich die jeweilige Veränderung auf die Dynamik der datenbasierten Wertschöpfungs- und Innovationsprozesse und die Leistungsfähigkeit der zur Bewirtschaftung der Datenallmende entstehenden Strukturen auswirkt. Konkret könnte diese Art von Experimentierraum für eine Datenallmende eingerichtet werden, indem in bestimmten Feldern mit hoher gesellschaftlicher Bedeutung – zum Beispiel: Klima, Bildung, Gesundheit – eine Pflicht zur Teilung von Daten aus der Wirtschaft mit wissenschaftlichen und sonstigen nicht primär profitorientierten Nutzerinnen und Nutzern geschaffen wird. Diese Beschränkung des Nutzerkreises (und damit der Anwendung der zu teilenden Daten) hat den Vorteil, dass die wirtschaftlichen Interessen der zur Teilung verpflichteten Unternehmen nicht unmittelbar berührt werden. Das vermindert die Risiken negativer Anreizeffekte auf dieser Ebene. In einem solchen verhältnismäßig

überschaubaren Experimentierraum ließen sich insbesondere Einschätzungen zu folgenden Fragen gewinnen:

- Wie hoch sind die Wertschöpfungs- und Innovationspotenziale, die eine Datenallmende durch Legung eines Datenzugangs für Nutzerinnen und Nutzer außerhalb der Wirtschaft erschließen kann?
- Wie verteilen sich, wenn aus der Forschung mit den Daten aus der Datenallmende neue kommerzielle Anwendungsmöglichkeiten entstehen, die damit verbundenen Profite? Bildet sich von selbst ein System für einen fairen finanziellen Ausgleich zwischen zur Datenteilung verpflichteten Unternehmen und den Datennutzern heraus?
- Entsteht von sich aus ein effektives System der Zugangs- und Nutzungskontrolle, um nicht berechnigte Akteure mit primär kommerziellen Interessen von der Datenallmende auszuschließen? Entwickeln sich aus sich heraus geeignete Plattforminfrastrukturen oder Datenpools und Datenräume für den effizienten Datenaustausch?

Erkenntnisse zu diesen Fragen sind wichtig, um besser informierte Entscheidungen darüber treffen zu können, ob das Konzept der Datenallmende eher im Sinne einer beschränkten Datenteilungspflicht zwischen Unternehmen oder im Sinne eines „Daten(zugang) für alle“ umgesetzt werden sollte. Zudem können sich daraus Hinweise ergeben, ob eine Datenallmende, um die Vorteile für die Gemeinschaft zu verbessern, noch durch weitere Regeln für die Governance und eine öffentliche Beteiligung an der notwendigen Infrastruktur abgesichert werden müsste.

Zu Vergleichszwecken sollten auch Experimentierräume geschaffen werden, in denen die freiwillige Teilung von Daten zwischen Unternehmen und nicht-kommerziell orientierten Nutzerinnen und Nutzern durch Setzung von Standards und vor allem eine öffentliche Unterstützung bei der Schaffung der technischen Voraussetzungen gefördert wird. So ließen sich systematische Erkenntnisse gewinnen, inwieweit ein Allmende-Ansatz, der gemäß der Vorstellung von Data Commons allein durch selbstbestimmtes gemeinschaftliches Entscheiden und Handeln der beteiligten Akteure ebenfalls zu Lösungen führt, von denen die Gesellschaft – in Form von höherer Wertschöpfung oder (sozialen) Innovationen – profitiert. So ließe sich besser einschätzen, inwieweit für eine Verpflichtung der Unternehmen zur Datenteilung essenziell ist, dass aus einer Datenallmende ein gesellschaftlicher Mehrwert erwächst.

Die verschiedenen Typen von Experimentierräumen können und sollten nebeneinander entwickelt werden, um umfassende Evidenz über die Chancen und Risiken von Konzepten der Datenallmende in verschiedenen Ausprägungen und Anwendungszusammenhängen zu erhalten. Erst auf einer soliden empirischen Basis kann entschieden werden, inwieweit das Konzept die Erwartungen erfüllt, zusätzliche datenbasierte Wertschöpfungs- und Innovationspotenziale zu erschließen, ob es als Regulierungsansatz für mehr Wettbewerb in der Datenökonomie trägt, und es deshalb wegen der damit zu erzielenden volkswirtschaftlichen – und gesellschaftlichen – Vorteile rechtlich fester verankert werden sollte.

## Literaturverzeichnis

- Acemoglu, Daron / Makhdoumi, Ali / Malekian, Azarakhsh / Ozdaglar, Asu (2021, im Erscheinen): Too much data: Prices and inefficiencies in data markets, in: American Economic Journal: Microeconomics.
- Acquisti, Alessandro / Taylor, Curtis / Wagman, Liad (2016): The economics of privacy, in: Journal of Economic Literature, 54(2), 442-492.
- Agrawal, Ajay / Gans, Joshua / Goldfarb, Avi (2018): Prediction Machines: The Simple Economics of Artificial Intelligence, Boston.
- Anagnostaras, Georgios (2014): Balancing conflicting fundamental rights: the Sky Österreich paradigm, in: European Law Review, 39(1), 111-124.
- Argenton, Cédric / Prüfer, Jens (2012): Search engine competition with network externalities, in: Journal of Competition Law & Economics, 8(1), 73-105.
- Armstrong, Mark (2006): Competition in two-sided markets, in: Rand Journal of Economics, 37(3), 668-691.
- Becker, Eva-Maria / Schwab, David (2015): Big Data im Gesundheitswesen. Datenschutzrechtliche Zulässigkeit und Lösungsansätze, in: Zeitschrift für Datenschutz 4/2015, 151-155.
- Berberich, Matthias / Seip, Fabian (2021): Der Entwurf des Digital Services Act, in: Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht – Praxis im Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht, 13(1), 4-7.
- Bindig, Andrea / Löcken, Simon (2018): Sozialrecht der Zukunft. Ein Bericht von der 50. Richterwoche des Bundessozialgerichts, in: Neue Zeitschrift für Sozialrecht, 18, 938-940.
- Blanke, Hermann-Josef (2015): Verfassungs- und unionsrechtliche Gewährleistung der Unternehmerfreiheit und ihre Schranken, in: Bitburger Gespräche in München, Band 5: Die Unternehmerfreiheit im Würgegriff des Rechts?, Tübingen, 13-44.
- Blankertz, Aline / von Braunmühl, Patrick / Kuzev, Pencho / Richter, Frederick / Richter, Heiko / Schallbruch, Martin (2020): Datentreuhandmodelle – Themenpapier, Stiftung neue Verantwortung, Berlin.
- Bloom, Nicholas / Sadun, Raffaella / van Reenen, John (2012): American do IT better: US multi-nationals and the productivity miracle, in: American Economic Review, 102(1), 167-201.
- Bourreau, Marc / de Streel, Alexandre (2019): Digital conglomerates and EU competition policy, CERRE Report.
- Brauneck, Jens (2019): Marktortprinzip der DSGVO: Weltgeltung für EU-Datenschutz?, in: Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht, 30, 494-501.
- Bresnahan, Timothy F. / Brynjolfsson, Erik / Hitt, Lorin M. (2002): Information technology, workplace organization, and the demand for skilled labor: Firm-level evidence, in: Quarterly Journal of Economics, 117(1), 339-376.
- Brink, Stefan / Wolff, Heinrich Amadeus (2018): Beck'scher Online-Kommentar zum Datenschutzrecht, München (26. Aufl.).
- Broemel, Roland (2019): Digitalisierung im Gesundheitssektor, in: Spiecker gen. Döhmman, Indra / Wallrabenstein, Astrid (Hrsg.), Gesundheitsversorgung in Zeiten der Datenschutz-Grundverordnung, Bern/Berlin, 75-99.
- Brus, Eva-Maria / Schwab, David (2014): Medizinische Einsatzmöglichkeiten von Big Data oder Big Data im Gesundheitswesen – am Datenschutz erkrankt?, in: Deutsche Stiftung für Recht und Informatik Tagungsband, 171-183.

- Brynjolfsson, Erik / McAfee, Andrew (2014): The second machine age – work, progress, and prosperity in a time of brilliant technologies, New York.
- Brynjolfsson, Erik / McElheran, Kristina (2016): The rapid adoption of data-driven decision-making, in: American Economic Review, 106(5), 133-139.
- Brynjolfsson, Erik / Saunders, Adam (2010): Wired for information – How information technology is reshaping the economy, Cambridge MA.
- Buchholz, Wolf (2019): Die neue PSI-Richtlinie – Wieviel Datenhoheit verbleibt den öffentlichen Unternehmen?, in: InfrastrukturRecht, 8, 197-201.
- BfDI – Bundesbeauftragter für den Datenschutz und die Informationsfreiheit (2020): Positionspapier zur Anonymisierung unter der DS-GVO unter besonderer Berücksichtigung der TK-Branche, Berlin.
- Burg, Indra / Medem, Andreas von / Hütter-Brungs, Gisela / Pötters, Stephan / Fütterer, Johannes / Forst, Gerrit (2021): Das Gregorianische Zeitalter I: Neuvermessung des Arbeitsrechts, in: Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht, 38, 449-458.
- Calliess, Christian / Ruffert, Matthias (2016): EUV / AEUV – Das Verfassungsrecht der Europäischen Union mit Europäischer Grundrechtecharta, München (5. Aufl.).
- Cardona, Melisande / Kretschmer, Tobias / Strobel, Thomas (2013): ICT and productivity: Conclusions from the empirical literature, in: Information Economics & Policy, 25(3), 109-125.
- Chen, Wen / Niebel, Thomas / Saam, Marianne (2016): Are intangibles more productive in ICT-intensive industries? Evidence from EU countries, in: Telecommunications Policy, 40(5), 471-484.
- Chen, Zhijun / Choe, Chongwoo / Cong, Jiajia / Matsushima, Noriaki, Data-driven mergers and personalization, 2020, unveröffentlichtes Arbeitspapier. [https://www.tse-fr.eu/sites/default/files/TSE/documents/ChaireJIL/DigitalWorkshop/data\\_driven\\_mergers\\_and\\_personalization\\_chen\\_2020\\_10.pdf](https://www.tse-fr.eu/sites/default/files/TSE/documents/ChaireJIL/DigitalWorkshop/data_driven_mergers_and_personalization_chen_2020_10.pdf) (zuletzt abgerufen: 17.06.2021).
- Choi, Jay Pil / Jeon, Doh-Shin / Kim, Byung-Cheon (2019): Privacy and personal data collection with information externalities, in: Journal of Public Economics, 173, 113-124.
- Choi, Jay Pil / Jeon, Doh-Shin (2021): A leverage theory of tying in two-sided markets, in: American Economic Journal: Microeconomics, 13(1), 283-337.
- Corrado, Carol / Haskel, Jonathan / Jona-Lasinio, Cecilia (2017): Knowledge spillovers, ICT and productivity growth, in: Oxford Bulletin of Economics and Statistics, 79(4), 592-618.
- Crémer, Jacques / de Montjoye, Yves-Alexandre / Schweitzer, Heike (2019): Competition policy for the digital era. Final report for the EU Commission, DG Competition, Brüssel.
- Datenethikkommission (2019), Gutachten der Datenethikkommission der Bundesregierung, Berlin.
- Datenschutzkonferenz (2018): Marktortprinzip: Regelungen für außereuropäische Unternehmen (Kurzpapier Nr. 7). [https://www.datenschutzkonferenz-online.de/media/kp/dsk\\_kpnr\\_7.pdf](https://www.datenschutzkonferenz-online.de/media/kp/dsk_kpnr_7.pdf) (zuletzt abgerufen: 17.06.2021).
- de Hert, Paul / Saifert, Juraj (2019): Regulating Big Data in and out of the Data Protection Policy Field: Two Scenarios of Post-GDPR Law-Making and the Actor Perspective, in: European Data Protection Law Review, 5(3), 338-351.
- Denker, Philipp / Graudenz, Dirk / Schiff, Laura / Schulz, Sönke E. / Hoffmann, Christian / Jöns, Johanna / Jotzo, Florian / Hornung, Gerrit / Goebble, Thilo / Friederici, Florian / Grote, Rafael / Radusch, Ilja (2017): Eigentumsordnung für Mobilitätsdaten? Eine Studie aus technischer, ökonomischer und rechtlicher Perspektive, Hrsg. Bundesministerium für Verkehr und digitale Infrastruktur, Berlin.

- Deutscher Ethikrat, Big Data und Gesundheit – Datensouveränität als informationelle Freiheitsgestaltung – Stellungnahme. <https://www.ethikrat.org/fileadmin/Publikationen/Stellungnahmen/deutsch/stellungnahme-big-data-und-gesundheit.pdf>. (zuletzt abgerufen: 17.06.2021).
- Draca, Mirko / Sadun, Raffaella / van Reenen, John (2007): Productivity and ICTs: A review of the evidence, in: Mansell, Robin / Avgerou, Chrisanthi / Quah, Danny / Silverstone, Roger (Hrsg.) Oxford Handbook of Information and Communication Technologies, Oxford, 100-147.
- Fezer, Karl-Heinz / Büscher, Wolfgang / Obergfell, Eva Inés (Hrsg.) (2016): Lauterkeitsrecht. Kommentar zum Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG), Band 1, München (3. Aufl.).
- Frenz, Walter (2009a), Die Europäische Unternehmerfreiheit, in: Gewerbearchiv, 55(11), 427-434.
- Frenz, Walter (2009b): Handbuch Europarecht, Band 4: Europäische Grundrechte, Berlin.
- Frischmann, Brett M. (2012): Infrastructure: The Social Value of Shared Resources, Oxford.
- Furman, Jason / Coyle, Diane / Fletcher, Amelia / McAuley, Derek / Marsden, Philip (2019): Unlocking Digital Competition, Report of the Digital Competition Expert Panel, London. [https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment\\_data/file/785547/unlocking\\_digital\\_competition\\_furman\\_review\\_web.pdf](https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/785547/unlocking_digital_competition_furman_review_web.pdf) (zuletzt abgerufen: 17.06.2021).
- Ganglbauer, Nina Maria (2013): Das Grundrecht der unternehmerischen Freiheit gem Art 16 GRC, in: Kahl, Arno / Raschauer, Nicolas / Storr, Stefan (Hrsg.): Grundsatzfragen der europäischen Grundrechtecharta, Wien, 203-227.
- Gerpott, Torsten J. / Mikolas, Tobias (2021): Zugang zu Daten großer Online-Plattformbetreiber nach der 10. GWB-Novelle. Schwachstellen des seit 19. 1. 2021 geltenden neuen GWB, in: Computer und Recht, 2/2021, 137-144.
- Gersdorf, Hubertus / Paal, Boris (Hrsg.) (2021): Beck'scher Online-Kommentar zum Informations- und Medienrecht, München.
- Gloria, Christian (2004): Völkerrechtlicher Eigentumsschutz (§ 47), in: Ipsen, Knut (Hrsg.), Völkerrecht, München (5. Aufl.), 43-47.
- Grabenwarter, Christoph (Hrsg.) (2014): Europäischer Grundrechtesschutz, Baden-Baden.
- Groussot, Xavier / Petursson, Gunnar Thor / Pierce, Justin (2016): Weak Right, Strong Court - The Freedom to Conduct Business and the EU Charter of Fundamental Rights, in: Douglas-Scott, Sionaidh / Hatzis, Nicholas (Hrsg.), Research Handbook on EU Human Rights Law, Cheltenham, 326-344.
- Gundel, Jörg (2016): Der Schutz der unternehmerischen Freiheit durch die EU-Grundrechtscharta, in: Zeitschrift für das gesamte Handels- und Wirtschaftsrecht, 180, 323-357.
- Günter, Johannes (1998), Berufsfreiheit und Eigentum in der EU: Eine rechtsvergleichende Studie, Heidelberg.
- Hagiu, Andrei / Wright, Julian (2020): Data-enabled learning, network effects and competitive advantage, unveröffentlichtes Arbeitspapier. [https://econ.hkbu.edu.hk/eng/Doc/20201029\\_WRIGHT.pdf](https://econ.hkbu.edu.hk/eng/Doc/20201029_WRIGHT.pdf) (zuletzt abgerufen: 17.06.2021).
- Halter, Ulrich R. (2014): Internationales Wirtschaftsrecht, 7. Kapitel, in: Ipsen, Knut / Epping, Volker / Heintschel von Heinegg, Wolff / et al. (Hrsg.), Völkerrecht, München (6. Aufl.), 596-818.
- Haucap, Justus (2021): Plattformökonomie und Wettbewerb, in: Kenning, Peter / Oehler, Andreas / Reisch, Lucia A. (Hrsg.), Verbraucherwissenschaften, Berlin (2. Aufl.), 423-452.

- Herresthal, Carsten (2013): Constitutionalisation of Freedom of Contract in European Union Law in: Ziegler, Katja /Huber, Peter M. (Hrsg.), Current Problems in the Protection of Human Rights, Oxford, 89-116.
- Heselhaus, Sebastian F. / Nowak, Carsten, (2019): Handbuch der Europäischen Grundrechte, München (2. Aufl.).
- Hoeren, Thomas (2019): Datenbesitz statt Dateneigentum. Erste Ansätze zur Neuausrichtung der Diskussion um die Zuordnung von Daten, in: MultiMedia und Recht. Zeitschrift für Informations-, Telekommunikations- und Medienrecht, 1/2019, 5-8.
- Hoeren, Thomas / Sieber, Ulrich / Holznagel, Bernd (Hrsg.) (2020): Handbuch Multimedia-Recht, 54. EL (Stand: Oktober 2020), München.
- Hofmann, Franz (2016): Störerhaftung von Access-Providern für Urheberrechtsverletzungen Dritter, in: Neue Juristische Wochenschrift, 769-771.
- Hoidn, Dominik / Roßnagel, Alexander (2018): Anpassung der Sozialstandards. Spielräume im Rahmen der europäischen Datenschutzreform, in: Datenschutz und Datensicherheit, 42, 487-491.
- IDC and Open Evidence (2017): European Data Market - SMART 2013/0063. Final Report, European Commission (Hrsg.), Brüssel.
- IDC and The Lisbon Council (2020): The European Data Market Monitoring Tool, Final Study Report, European Commission (Hrsg.), Brüssel.
- Jarass, Hans D. (2021): Charta der Grundrechte der Europäischen Union, München (4. Aufl.).
- Jones, Charles I. / Tonetti, Christopher (2020): Nonrivalry and the economics of data, in: American Economic Review, 110(9), 2819-2858.
- Jullien, Bruno / Sand-Zantman, Wilfried (2021): The economics of platforms: a theory guide for competition policy, in: Information Economics & Policy, 54, article 100880.
- Kaesling, Katharina (2021): Evolution statt Revolution der Plattformregulierung. Kommentar zu dem Entwurf der Europäischen Kommission zu einem Digital Services Act, in: Zeitschrift für Urheber- und Medienrecht, 65, 177-184.
- Kalbhenn, Jan Christopher / Hemmert-Halswick, Maximilian (2021): EU-weite Vorgaben für die Content-Moderation in sozialen Netzwerken. Kommentar zu dem Entwurf der Europäischen Kommission zu einem Digital Services Act, in: Zeitschrift für Urheber- und Medienrecht, 65, 184-194.
- Kamepalli, Sai Krishna / Rajan, Raghuram / Zingales, Luigi (2021): Kill Zone. Becker Friedman Institute for Economics Working Paper No. 2020-19.
- Kilian, Wolfgang / Heussen, Benno / Taeger, Jürgen / Pohle, Jan (Hrsg.) (2020): Computerrechts-Handbuch, 35. EL (Stand: Juni 2020), München.
- Kingreen, Thorsten / Poscher, Thomas (2020): Grundrechte: Staatsrecht II, Heidelberg (36. Aufl.).
- Kornmeier, Udo / Baranowski, Anne (2019): Das Eigentum an Daten – Zugang statt Zuordnung, in: Betriebs-Berater, 22, 1219-1225.
- Krüger, Philipp-L. (2016): Datensouveränität und Digitalisierung. Probleme und rechtliche Lösungsansätze, in: Zeitschrift für Rechtspolitik 7/2016, 190-192.
- Kühling, Jürgen (2011): Die Bedeutung der Eigentumsgarantie aus Art. 14 GG für die Regulierung der Energieordnung, in: Joost, Detlev / Oetker, Hartmut / Paschke, Marian (Hrsg.), Festschrift für Franz Säcker zum 70. Geburtstag, München, 783-802.
- Kühling, Jürgen (2020): Gesundheitsdatenschutz im Zeitalter von "Big Data", in: Datenschutz und Datensicherheit, 44, 182-188.

## Literaturverzeichnis

- Kühling, Jürgen (2021): Der datenschutzrechtliche Rahmen für Datentreuhänder – Chance für mehr Kommerzialisierungsfairness und Datensouveränität?, in: Zeitschrift für Digitalisierung und Recht 1/2021, 1-26.
- Kühling, Jürgen / Buchner, Benedikt (Hrsg.) (2020): Datenschutzgrundverordnung, BDSG, München (3. Aufl.).
- Kühling, Jürgen / Heberlein, Johanna (2016): EuGH "reloaded": "unsafe harbor" USA vs. "Datenfestung" EU, in: Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht, 7-12.
- Kühling, Jürgen / Sackmann, Florian (2020): Irrweg „Dateneigentum“. Neue Großkonzepte als Hemmnis für die Nutzung und Kommerzialisierung von Daten, in: Zeitschrift für Datenschutz, 1/2020, 24-30.
- Kühling, Jürgen / Sackmann, Florian / Schneider, Hilmar (2020): Datenschutzrechtliche Dimensionen Datentreuhänder – Kurzexpertise. BMAS-Forschungsbericht 550, Berlin.
- Kühling, Jürgen / Schildbach, Roman (2020): Die Reform der Datentransparenzvorschriften im SGB V, in: Neue Zeitschrift für Sozialrecht, 29, 41-50.
- Kühnl, Christina / Rohrer, Kerstin / Schneider, Nick (2018): Ein europäischer Gesundheitsdatenschutz – Eine Utopie trotz EU-Datenschutz-Grundverordnung?, in: Datenschutz und Datensicherheit, 42, 735-740.
- Lanier, Jaron (2014): Wem gehört die Zukunft? Hamburg.
- Lenz, Carl-Otto / Borchardt, Klaus-Dieter (Hrsg.) (2012): EU-Verträge Kommentar, Köln (6. Aufl.).
- Lewinski, Kai von (2020): Immaterialgüterordnung und Medieninhalteverfassung, in: Der Staat, 59, 277-300.
- Lin, Tesary (2019): Valuing intrinsic and instrumental preferences for privacy, 2019, unveröffentlichtes Arbeitspapier.  
[https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=3406412](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3406412) (zuletzt abgerufen: 17.06.2021).
- Loewenheim, Ulrich / Meessen, Karl M. / Riesenkampff, Alexander / Kersting, Christian / Meyer-Lindemann, Hans Jürgen (Hrsg.) (2016): Kartellrecht Kommentar, München (3. Aufl.).
- Louven, Sebastian (2018): Datenmacht und Zugang zu Daten, in: Neue Zeitschrift für Kartellrecht, 5, 217-222.
- Mangas Martín, Araceli (Hrsg.) (2008), Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, Bilbao (1. Aufl.).
- Manssen, Hartmut (2020): Staatsrecht II, München (18. Aufl.).
- Martín y Pérez de Nanclares, José (2008): Libertad profesional y derecho a trabajar, in: Escudero, Manuel López / Martín y Pérez de Nanclares, José / Heredia, José Manuel Sobrino (Hrsg.), Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, Bilbao, 320-331.
- Maunz, Theodor / Dürig, Günter (Begr.) (2020): Grundgesetz, 92. EL (Stand: August 2020), München.
- Meyer, Jürgen / Hölscheidt, Sven (Hrsg.) (2019): Charta der Grundrechte der Europäischen Union, Baden-Baden (5. Aufl.).
- Michl, Fabian (2013): Eigentumsgesetzgebung im Lichte des Grundgesetzes und der Europäischen Menschenrechtskonvention. Ein Beitrag zum Eigentumsschutz im europäischen Grundrechtsverbund – zugleich Besprechung von EGMR (Große Kammer), Urteil v. 26. 6. 2012 - 9300/07 (Herrmann ./ Deutschland), in: JuristenZeitung, 68 (10), 504-513.
- Milczewski, Christine von (1994): Der grundrechtliche Schutz des Eigentums im europäischen Gemeinschaftsrecht, Frankfurt a.M.



- Mittelberger, Philipp (2001): Die Rechtsprechung des ständigen Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte zum Eigentumsschutz. Bilanz nach den ersten zwei Jahren (November 1998 bis April 2001), in: Europäische Grundrechte-Zeitschrift, 364-371.
- Monopolkommission (2015): Wettbewerbspolitik: Herausforderung digitale Märkte. Sondergutachten (68) der Monopolkommission gemäß § 44 Abs. 1 Satz 4 GWB.  
[https://www.monopolkommission.de/images/PDF/SG/SG68/S68\\_volltext.pdf](https://www.monopolkommission.de/images/PDF/SG/SG68/S68_volltext.pdf) (zuletzt abgerufen: 17.06.2021).
- Monopolkommission (2019): Mehr Qualität und Wettbewerb auf die Schiene, 7. Sektorgutachten Bahn, Bonn 2019. [https://www.monopolkommission.de/images/PDF/SG/7sg\\_bahn\\_volltext.pdf](https://www.monopolkommission.de/images/PDF/SG/7sg_bahn_volltext.pdf) (zuletzt abgerufen: 17.06.2021).
- Nahles, Andrea (2019): Digitaler Fortschritt durch eine Daten-für-Alle-Gesetz, Diskussionspapier der Vorsitzenden der Sozialdemokratischen Partei Deutschlands, SPD-Parteivorstand, Berlin.  
[https://www.spd.de/fileadmin/Dokumente/Sonstiges/Daten\\_fuer\\_Alle.pdf](https://www.spd.de/fileadmin/Dokumente/Sonstiges/Daten_fuer_Alle.pdf) (zuletzt abgerufen: 17.06.2021).
- Narayanan, Arvin / Shmatikov, Vitaly (2008): Robust de-anonymization of large sparse datasets, in: Proceedings - 2008 IEEE Symposium on Security and Privacy, 111-125.
- Nettesheim, Martin (1995): Grundrechtliche Prüfdichte durch den EuGH, in: Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht, 106-108.
- Niebel, Thomas / Rasel, Fabienne / Viète, Steffen (2019): BIG data – BIG gains? Understanding the link between data analytics and innovation, in: Economics of Innovation and New Technology, 28(3), 296-316.
- OECD (2015): Data-driven innovation: Big data for growth and well-being, Paris.
- OECD (2019): Measuring the economic value of data and cross-border flows – A business perspective. OECD Digital Economy Papers No. 297.
- Oliver, Peter (2013): What Purpose does Article 16 of the Charter serve?, in: Bernitz, Ulf / Groussot, Xavier / Felix Schulyok, Felix (Hrsg.), General Principles of EU Law and European Private Law, Alphen a. d. Rijn, 281-301.
- Paal, Boris P. / Pauly, Daniel A. (Hrsg.) (2021): Datenschutz-Grundverordnung, Bundesdatenschutzgesetz, München (3. Aufl.).
- Pawelke Andreas (2020): Daten teilen, aber wie? Ein Panorama der Datenteilungsmodelle, Bertelsmann-Stiftung (Hrsg.), Gütersloh.
- Pechstein, Matthias / Nowak, Carsten / Häde, Ulrich (Hrsg.) (2017): Frankfurter Kommentar zu EUV, GRC und AEUV, Tübingen.
- Peers, Steve / Hervey, Tamara / Kenner, Jeff / Ward, Angela (Hrsg.) (2014): The EU Charter of Fundamental Rights, Oxford.
- Platzer, Helmut (2020): Das Vorhaben einer Forschungsdatenbank nach dem Digitale Versorgung Gesetz (DVG) - fragwürdig und risikoreich, in: Neue Zeitschrift für Sozialrecht, 20, 289-295.
- Podszun, Rupperecht (2020): Empfiehlt sich eine stärkere Regulierung von Online-Plattformen und anderen Digitalunternehmen?, in: Verhandlungen des 73. Deutschen Juristentages, Band I: Gutachten, München.
- Prassl, Jeremias (2015): Business Freedoms and Employment Rights in the European Union, in: Cambridge Yearbook of European Legal Studies, 17, 189-209.
- Prüfer, Jens (2020): Die Datenteilungspflicht – Innovation und fairer Wettbewerb auf datengetriebenen Märkten. Studie im Auftrag der Friedrich-Ebert-Stiftung, Berlin.

- Prüfer, Jens / Schottmüller, Christoph (2021, im Erscheinen): Competing with big data, in: Journal of Industrial Economics, 69.
- Ramge, Thomas / Mayer-Schönberger, Viktor (2020): Machtmaschinen. Warum Datenmonopole unsere Zukunft gefährden und wie wir sie brechen, Hamburg.
- Rammer, Christian (2020): Auf künstliche Intelligenz kommt es an – Beitrag von KI zu Innovation und Performance der deutschen Wirtschaft, Bundesministerium für Wirtschaft und Energie (Hrsg.), Berlin.
- Rammer, Christian / Bertschek, Irene / Schuck, Bettina / Demary, Vera / Goecke, Henry (2020): Einsatz von künstlicher Intelligenz in der deutschen Wirtschaft: Stand der KI-Nutzung im Jahr 2019, Bundesministerium für Wirtschaft und Energie (Hrsg.), Berlin.
- Reinsel, David / Gantz, John / Rydning, John (2018): The digitization of the world from edge to core. IDC White Paper - #US44413318., International Data Corporation (Hrsg.), Framingham MA.
- Rengeling, Hans-Werner / Szczekalla, Peter (2004): Grundrechte in der Europäischen Union, Köln.
- Rocher, Luc / Hendrickx, Julien M. / de Montjoye, Yves-Alexandre (2019): Estimating the success of re-identification in incomplete datasets using generative models, in: Nature Communications, 2019, article number 3069.
- Rolfs, Christian / Giesen, Richard / Kreikebohm, Ralf / Meßling, Miriam / Udsching, Peter (Hrsg.) (2018): Beck'scher Online-Kommentar zum Sozialrecht, München (50. Aufl.).
- SVR Gesundheit – Sachverständigenrat zur Begutachtung der Entwicklung im Gesundheitswesen (2021): Digitalisierung für Gesundheit – Ziele und Rahmenbedingungen eines dynamisch lernenden Gesundheitssystems. Gutachten 2021, Berlin.
- Säcker, Franz Jürgen / Rixecker, Roland / Oetker, Hartmut / Limperg, Bettina (Hrsg.) (2021): Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 13, München (8. Aufl.).
- Schaefer, Maximilian / Sapi, Geza / Lorinez, Szabolcs (2018): The effect of big data on recommendation quality: The example of internet search, DICE Discussion Paper No. 284.
- Schallbruch, Martin / Schweitzer, Heike / Wambach, Achim / Kirchhoff, Wolfgang / Langeheine, Bernd / Schneider, Jens-Peter / Schnitzer, Monika / Seeilger, Daniela / Wagner, Gerhard / Durz, Hansjörg / Heider, Matthias / Mohrs, Falko (2019): Ein neuer Wettbewerbsrahmen für die Digitalwirtschaft. Bericht der Wettbewerbskommission 4.0, Berlin.
- Schmidt, Frederik (2010): Die unternehmerische Freiheit im Unionsrecht, Berlin.
- Schwarze, Jürgen (2012): Der Schutz der unternehmerischen Freiheit nach Art. 16 der Charta der Grundrechte der Europäischen Union, in: Sachs, Michael / Siekmann, Helmut (Hrsg.), Der grundrechtsgeprägte Verfassungsstaat – Festschrift für Klaus Stern zum 80. Geburtstag, Berlin, 945-963.
- Schweitzer, Heike (2019): Datenzugang in der Datenökonomie: Eckpfeiler einer neuen Informationsordnung, in: Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht, 121, 569-580.
- Selmayr, Martin (2018): Europa wagt die digitale Selbstbehauptung, in: Zeitschrift für Datenschutz, 8, 197-198.
- Shmatenko, Leonid (2014): Einheitsverpackungen von Tabakerzeugnissen und die Charta der Grundrechte der EU, in: Zeitschrift für Europarecht, internationales Privatrecht und Rechtsvergleichung, 2/2014, 4-20.
- Specht, Louisa (2016): Ausschließlichkeitsrechte an Daten – Notwendigkeit, Schutzzumfang, Alternativen. Eine Erläuterung des gegenwärtigen Meinungsstands und Gedanken für eine zukünftige Ausgestaltung, in: Computer und Recht, 5/2016, 288-296.

- Spindler, Gerald (2016): Big Data und Forschung mit Gesundheitsdaten in der gesetzlichen Krankenversicherung, in: *Medizinrecht*, 34, 691-699.
- Steinrötter, Björn (2020a): Datenwirtschaftsrecht. Zu den Anzeichen für ein im Entstehen begriffenes Rechtsgebiet, in: Specht-Riemenschneider, Louisa / Buchner, Benedikt / Heinze, Christian / Thomsen, Oliver (Hrsg.), *IT-Recht in Wissenschaft und Praxis – Festschrift für Jürgen Taeger*, Frankfurt a.M., 491-510.
- Steinrötter, Björn (2020b): The (Envisaged) Legal Framework for Commercialisation of Digital Data within the EU, in: Ebers, Martin / Navas, Susana (Hrsg.), *Algorithms and Law*, Cambridge, 269-298.
- Steinrötter, Björn (2021): Datenaltruismus, in: *Zeitschrift für Datenschutz*, 2/2021, 61-62.
- Sweeney, Latanya (2002): k-anonymity: A model for protecting privacy, in: *International Journal of Uncertainty, Fuzziness and Knowledge-Based Systems*, 10(5), 557-570.
- Tettinger, Peter J. / Stern, Klaus (Hrsg.) (2006): *Kölner Gemeinschaftskommentar zur Europäischen Grundrechte-Charta*, München.
- Thüsing, Gregor / Rombey, Sebastian (2019): Empfehlungswerbung durch Krankenkassen – ein datenschutzrechtliches Problem?, in: *Recht der Datenverarbeitung*, 35, 14-27.
- Tsai, Janice T. / Egelman, Serge / Cranor, Lorrie / Acquisti, Alessandro (2011): The effect of online privacy information on purchasing behavior: An experimental study, in: *Information Systems Research*, 22(2), 254-268.
- Usai, Andrea (2013): The Freedom to Conduct a Business in the EU, Its Limitations and Its Role in the European Legal Order: A New Engine for Deeper and Stronger Economic, Social, and Political Integration, in: *German Law Journal*, 114(9), 1867-1888.
- Wagner, Eva Ellen (2014): Das Recht der Fernsehkurzberichterstattung im grundrechtlichen Spannungsfeld – Die Rechtsprechung des EuGH und des BVerfG im direkten Vergleich, in: Heid, Daniela A. / Stotz, Rüdiger / Verny, Arsène (Hrsg.), *Festschrift für Manfred A. Dausen zum 70. Geburtstag*, München, 475-487.
- Weatherill, Stephen (2014): Use and Abuse of the EU's Charter of Fundamental Rights: on the improper veneration of 'freedom of contract'. Judgment of the Court of 18 July 2013: Case C-426/11, *Mark Alemo-Herron and Others v Parkwood Leisure Ltd*, in: *European Review of Contract Law*, 10(1), 167-182.
- Weichert, Thilo (2020): „Datentransparenz“ und Datenschutz, in: *Medizinrecht*, 38, 539-546.
- Weil, Winfried (2020): Datenaltruismus: Wie die EU-Kommission eine gute Idee versemmt, in: CR-online.de Blog. <https://www.cr-online.de/blog/2020/12/01/datenaltruismus-wie-die-eu-kommission-eine-gute-idee-versemmt/> (zuletzt abgerufen: 17.06.2021).
- Wischmeyer, Thomas / Herzog, Eva (2020): Daten für alle? – Grundrechtliche Rahmenbedingungen für Datenzugangsrechte, in: *Neue Juristische Wochenschrift*, 288-293.
- Ziegenhorn, Gero (2013): Anmerkung zum Urteil des EuGH vom 22.01.2013 (C-283/11; EuZW 2013, 347) – Zur Frage nach der Gültigkeit der Richtlinie 2010/13/EU (juris: EURL 10/2013), in: *Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht*, 33, 351-352.
- Ziegler, Katja S. / Huber, Peter (Hrsg.) (2013): *Current problems in the protection of human rights. Perspectives from Germany and the UK*, Oxford.

Diese Publikation wird im Rahmen der Öffentlichkeitsarbeit des Bundesministeriums für Arbeit und Soziales kostenlos herausgegeben. Sie darf weder von Parteien noch von Wahlbewerbern oder Wahlhelfern während des Wahlkampfes zum Zwecke der Wahlwerbung verwendet werden. Dies gilt für Europa-, Bundestags-, Landtags- und Kommunalwahlen. Missbräuchlich ist insbesondere die Verteilung auf Wahlveranstaltungen, an Informationsständen der Parteien sowie das Einlegen, Aufdrucken oder Aufkleben parteipolitischer Informationen oder Werbemittel. Untersagt ist gleichfalls die Weitergabe an Dritte zum Zwecke der Wahlwerbung. Unabhängig davon, wann, auf welchem Weg und in welcher Anzahl diese Publikation dem Empfänger zugegangen ist, darf sie auch ohne zeitlichen Bezug zu einer bevorstehenden Wahl nicht in einer Weise verwendet werden, die als Parteinahme der Bundesregierung zugunsten einzelner politischer Gruppen verstanden werden könnte. Außerdem ist diese kostenlose Publikation - gleichgültig wann, auf welchem Weg und in welcher Anzahl diese Publikation dem Empfänger zugegangen ist - nicht zum Weiterverkauf bestimmt.

Alle Rechte einschließlich der fotomechanischen Wiedergabe und des auszugsweisen Nachdrucks vorbehalten.